Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

XXIII

Ueber die Begriffe Beweis, Beweismittel, Beweisgründe, Beweislaſt, Beweisſatz.

Von Gensler.

Schluß der Heft I. nr. III. S. 26. anhebenden und Heft. II nr. XXI. S. 258. fortgeſetzten Abhandlung.

§. 17.

Aus den Grundſätzen von der Beweislaſt, §. 10. S. 264 ff beſtimmt ſich von ſelbſt, was man in dem Civilproceß unter dem Beweisſatz *) oder, was gleichviel iſt, Beweisthema, zu verſtehen habe. Beweisſatz bezeichnet den Inbegriff der Thatſachen **), welche der Gegenſtand der Beweisführung ſein ſollen, damit der von ihrer Wahrheit oder Nichwahrheit überzeugte Richter endlich-entſcheidend beſtimmen und ausſprechen könne, welchem der ſtreitenden Theile der Sieg gebühre, und wie weit dieſes der Wille des Geſetzes ſey.

Urſprünglich iſt Behauptung und Beweisſatz gleichviel. d. h. welche poſitive oder negative Thatſachen als weſentliche Bedingung des aus der Behauptung abgeleiteten Rechts als wenigſtens juriſtiſch wahr, §. 3. dem Richter darzuſtellen ſind, die bilden auch das Beweisthem; mag nun der Behaup-

*) Man verwechſele dieſe nicht mit Beweisartikel, die man auch wohl Beweisſatze nennt

**) Das nicht prämulgirte Recht mit inbegriffen. Heft I. S. 28. Note *

tende ohne richterliches Gebot, freiwillig, in die Beweisführung übergeben *), oder mag der Richter ihm gebieten, mit der Beweisführung hervorzutreten **).

Gegenstand der Beweisführung sollen aber deren Zweck nach, nur solche Thatsachen seyn,

1) aus deren Wahrheit oder Nichtwahrheit der Richter das Daseyn oder Nichtdaseyn des streitigen Rechts zu erkennen vermag, d. h. relevante Thatsachen, —

2) welche noch nicht für juristisch wahr zu achten sind sondern eines weitern Strebens bedürfen, des Richters Ueberzeugung von ihrer Wahrheit hervorzubringen.

§. 18.

In Hinsicht ad 2 folgt von selbst, daß jede Thatsache, für deren Wahrheit die vom Gesetz für ausreichend erklärten factischen Beweisgründe dem Richter bereits gegeben sind, — sey es durch eine beweisführende Thätigkeit der behauptenden Partei, oder vermöge allgemeiner Vorsehung der Gesetze, — ein Bestandtheil des Beweissatzes nicht werden dürfen. Denn einer doppelten, oder mehr als vollen, juristischen Ueberzeugung des Richters bedarf es nicht ***). Object des Beweisthems sollen also nicht werden alle diejenigen in dem ursprünglichen Beweissatz, in der Behauptung, enthaltenen Thatsachen,

a) welche im Gefolge irgend einer Art des Geständnisses bereits für juristisch wahr zu halten sind. Das ausdrückliche und stillschweigende, das willkührliche und das fingirte Geständniß, bildet ja schon, — sind die gesetzlichen Bedingungen irgend einer dieser Confessionen in den Acten vollkommen gegeben. —

---

*) Heft I. Abh. VIII. Hft. II. nr. XV.

**) Martin, in dem Lehrb. des gem. b. Proc §. 170. ed 1817

***) Dieses ist auch der wahre Sinn des Cap. 2. X. de probat. 12. 9.

den juriſtiſchen Beweisgrund *), und ein abermaliges Beſtreben, dieſen herzuſtellen, wäre eine unnütze Verhandlung. Das ſogenannte qualificirte Geſtändniß hingegen iſt ſeinem Weſen nach kein wirkliches Geſtändniß kein vollendeter Beweisgrund, und kann daher, wandelt es ſich nicht um in eine confessio ficta, die Quelle eines Beweisſatzes werden ***) —

b) welche nach dem Befehl des promulgierten Geſetzes, vermöge einer rechtlichen Warheitsvermuthung, ohne weitere Beweisführung für juriſtiſch wahr angeſehen werden ſollen ****).

Wohl aber kann die thatſächliche Prämiſſe †) jener Rechtsvermuthung den Beweisſatz bilden; ſo wie auch die factiſche Baſis, Prämiſſe eines blos logiſchen

---

*) M. ſ. Hft. I. nr. III §. 7. S. 49.

**) M. ſ. Hft. I. nr. III. S. 45 mit Note * S. 46.

***) M. ſ. Hft. I. nr. III. §. 4. S. 32.

†) Wenn die factiſchen Bedingungen einer praesumtio juris 1) am Ende des erſten Verfahrens bereit als liquid vorligen, und nicht einmal ein directer Gegenbeweis dem Gegner vorzubehalten iſt, ſo tritt die Wahrheitsvermuthung ſofort in die geſetzliche Wirkung; es entſtehet keine weitere Beweisführung über jene Prämiſſ. Will aber 2) der, welchem die Beweislaſt obligt, jene Präſumtion aus annoch beſtrittenen und unerwieſenen Thatſachen ableiten, ſo werden dieſe Gegenſtand eines Beweisſatzes und einer Beweisführung mittelſt allen legalen Beweismitteln. Nach abgefloſſenem peremtoriſchen Beweistermin und beendigter Beweisführung über die Wahrheit der Prämiſſe ſind dann dieſerwegen auch geſetzliche Eide eben ſo denkbar, als in Hinſicht auf den directen Beweisſatz. Die Rechtsvermuthung ſelbſt aber, d. h. das geſetzliche Geber, eine Thatſache für juriſtiſch wahr zu halten, wird nie der Gegenſtand der Beweisführung nie Beweisſatz. M. vergl. Hft. I. nr. III. §. 4. S. 34.

Schluſſes des Richters*) alsdann, wann die Partei, welche die Beweislaſt trifft, lediglich auf eine oder mehere logiſche Schlußfolgerung ſich gegründet haben ſollte. Dieſer wenn gleich ſeltene, Fall iſt eben ſo gut rechtsmöglich, als ein Beweisführer befugt iſt, den ihm vorgezeichneten directen Beweisſatz auf dem künſtlichem Wege der Schlußfolgerungen zu der richterlichen Ueberzeugung hinzuführen**), in ſo weit ſich dieſe auf jenem indirecten Wege erzielen läßt.—

c) welche nach den Principien des §. 9. S. 259 ff. Hft. II. notoriſch genannt werden dürfen. Dort wurde ſchon erwähnt, daß es mit dem Begriff einer wahren Notorität

---

*) M. vergl. Hft. I. nr. III. §. 5. S. 34. nr. 2. Was in der vorſtehenden Note von der Beweisführung über die Prämiſſe einer Wahrheitsvermuthung geſagt iſt, gilt auch in Anſehung derjenigen Thatſachen, aus denen Wahrheit oder Nichtwahrheit, eine Wahrſcheinlichkeitsvermuthung hervorgehen ſoll. Weil aber die praes. hominis nur höchſt ſelten die Stelle der juriſtiſchen Wahrheit vertreten kann, Heft I. nr. III. S. 36. ſo folgt von ſelbſt, daß ſelbſt ihre Liquidität von der Beweislaſt nur in den dort Note*** bezeichneten Fällen befreiet, und daß, ihres Daſeyns ungeachtet, der Beweisſatz ſelbſt direct von dem Richter vorzuzeichnen iſt. Nach abgefloſſenem peremtoriſchen Beweistermin und nach beendigter Beweisführung iſt aber auch hier ein geſetzlicher Eid über die Prämiſſe denkbar und nach deſſen Ableiſtung ein zweiter geſetzlicher Eid über den directen Beweisſatz. Letztes findet bei der Rechtsvermuthung nie ſtatt, weil dieſe den vollen oder ergänzten Beweis ihrer factiſchen Baſis vorausgeſetzt, die Stelle einer vollen juriſtiſchen Wahrheit ohne weiteres einnimmt. M. ſ. Note † S. 341 a. E. und Heft II nr. XXI. §. 10. S. 265. Note *.

**) Martin, a. a. O. §. 171. ed 1817. ibi all. Eben ſo und noch mehr erlaubt iſt, daß der Beweisführer eine künſtliche Beweisführung mit der directen vereiniget — letztere für die erſte gleichzeitig unterſtützt. M. vergl. Heft I, nr, XII. lit. D. S. 157.

im Widerſpruch ſtehen mögte, dieſe ſelbſt als Gegenſtand einer Beweisführung anzuſehen und ihr Daſein als Beweisſatz aufzuſtellen —

d) welche aus beſondern, §. 10. Hft. II. S. 256. lit. d erwähnten, Gründen der Beweislaſt geſetzlich enthoben ſind —

e) welche im Gefolge eines erlaubter Weiſe anticipirten Beweiſes als bereits vollkommen erwieſen in den Acten vorliegen, ſo daß es zur Herſtellung der juriſtiſchen Wahrheit nicht einmal des Erfüllungseides bedarf.

Denn wäre letztes, ſo iſt vorerſt, unter Beſtimmung eines peremtoriſchen Beweistermins, auf beſſern Beweis zu erkennen*), und hierbei der Beweisſatz ſo vorzuzeichnen, daß er alle für das Daſeyn des ſtreitigen Rechts weſentliche, noch nicht vollkommen erwieſene, Thatſachen in ſich enthält, ſey dies wörtlich, oder wenigſtens bezugsweiſe. §. 20.

§. 19.

Es kann jedoch die bereits für juriſtiſch wahr zu achtende und daher als ein noch unerledigter Beweisſatz des behaupteten Theils nicht anzuſehende, Thatſache in der umge-

---

*) M. vergl. Hft. 1. nr. III. §. 7. S. 52. u. Note *. Der von Mittermaier H. II. n. XV. S. 52. C. aufgeſtellte Satz läßt ſich mit dem Zweck der geſetzlichen Eide nicht vereinbaren. Dieſe ſind eine Nothhülfe, welche für den Fall aufgeſpart werden muß, in welchen jede andere Thüre zu der juriſtiſchen Wahrheit in Gefolge des Ablaufs einer peremtoriſchen Beweisfriſt verſchloſſen iſt. Noch beſſer wäre es freilich, den anticipirten Beweis in dem obigen Sinne, in Hinſicht auf den factiſchen Grund der Klage, die gemeinen zerſtöhrenden Einreden u. ſ. w., gänzlich zu relegiren, und hierunter das Princip des Sächſ. Proceſſes anzunehmen. Schaumburg, in princ. prax. jud. Lib. I. S. I. Mbr. III. Cap. I. §. 1. not. *) Oelze in der Anleitung zur juriſt. Praxis. §. 138 und 177.

wandten Form*), die Natur eines Beweisſatzes für den antwortenden Gegner annehmen, als Gegenſtand deſſen directen Gegenbeweiſes, inſoweit dieſer annoch Platz greift **). Auch kann die Deutlichkeit des vorzuzeichnenden Beweisthems erfordern, daß in dieſes ſchon erwieſene Thatſachen mit aufgenommen werden. Aus dem Zuſammenhang muß dann aber ſich ergeben, daß ſie als erwieſen, als außer Zweifel, mit eingeflochten ſind ***). Einen ſehr gefährlichen Irrthum hingegen enthält die Meinung 1, „es dürfe der den Beweisſatz regulirende Richter in demſelben auch ſolche Thatſachen aufnehmen, welche der zum Beweis pflichtige Theil nicht behauptet habe.“ Gründlich führte hiergegen Martin an ††, „dieſe Anmaßung des Richters gefährde des Gegners Vertheidigungsrecht wider Thatſachen über die ſolcher nicht gehört ſey;“ und man darf hinzuſetzen, daß auf jenem Wege zu einer gänzlichen Auflöſung der Verhandlungsmaxime †††) und zu der ſchädlichſten Willkühr der Richter vorgeſchritten wird. Eine Klage, Einrede u. ſ. w., welche nicht mit ſolchen Thatſachen begründet iſt, deren Wahrheit der Klage, Einrede u. ſ. w., Wirkung gibt, kann der Gegenſtand einer Antwort, oder eines Beweiſes, gar nicht werden; der Richter muß jenes nicht fundirte

---

*) Martin in dem Lehrbuch des bürgerl. Proc. §. 171. a. E.

**) Das Geſtändniß und die praesumtio juris et de jure ſchließen ihn aus. Hft. I. nr. III. §. Note ** S. 42. und §. 4. S. 33.

***) M. Rechtsfälle für die Proceßpraxis, nr. 34. S. 103.

†) Weber über die Verb. zur Beweisf. im Civilpr. Abh. III. nr. 12. Leyser, in med. ad Pand. spec. 468, med. 18.

††) a. a. O. §. 171. Note 9.

†††) M. Handbuch, Thl. I. S. 64.

Vorbringen als für den Proceß untauglich verwerfen *). so viel gebührt ihm, und ist seine Pflicht, daß er das Wesentliche der Geschichtserzählung von deren außerwesentlichen Bestandtheilen sondere, und nur das erste in das Beweisthem übertrage; auch ist er gerade nicht an die Worte und Wortfügung des behauptenden Theils gebunden, es bleibt ihm das Recht unbenommen, die zweiffelhafte Klage, Einrede u. s. w. zum Vortheil des vortragenden Theils auszulegen **). und mithin das Beweisthem so zu bestimmen, wie dieses jener seiner juristischen Auslegung und Proceßleitung entspricht. Allein was der Richter in dem Beweissatz aufnimmt, darf er nicht als Factum hinzu denken, sonderu muß es in dem actenmäßigen Vorbringen der Partei erfunden haben.

Ja dieses Vorbringen muß an der gesetzlichen Stelle sich befindeu; es handelt der Richter schon rechtswidrig, wenn er das Beweisthem aus verspäteten, unerlaubt nachgebrachten, Vorträgen schöpfen oder ergänzen will. Selbst aus dem replicirenden oder duplicirenden Vorbringen einer Partey darf das Beweisthem nicht gehoben oder ergänzt werden, wenn dasselbe mehr, als eine bloße Erläuterung des factischen Grundes der Klage oder zerstörenden Einrede enthält und deren Geschichtserzählung nicht bereits anticipirend eingewebt war, sondern eine mutatio libelli, exceptionis rel., in sich faßt, oder auch nur als illiquid der liquiden peremtorisch-proceßverhindernden Einrede, oder der klaren zerstöhrenden Replik entgegengesetzt wurde. Denn auch auf diesem Wege wird das Gehör und die Vertheidigung gekürzt, und zugleich die erste Regel der Parteigleichheit insofern verletzt, als die gesetzlichen Folgen der schleunnig hergestellten Liquidität durch

*) Das richterliche Erbarmen und mitleidige Aufrechterhalten mangelhafter Vorträge hat für das Allgemeine sehr nachttheilige Folgen.

(*) L. 66. D. 5. 1. L. 12. D 34. 5.

illiquides Vorbringen niedergedrückt und aufgelößt werden *). Ganz anders verhält es ſich in der Reihefolge der anticipirten langſamen Beweiſe **), ſo wie auch dann, wann auf dem Wege der legal geforderten antwortenden Einlaſſung eine Behauptung des Gegners eingeſtanden, dieſem Geſtändniß aber eine zerſtörende Behauptung ſogleich angefügt und auf ſolche ebenfalls Einlaßung gefordert wird. Erfolgt dieſe verneinend, ſo bildet nunmehr der factiſche Grund jener Gegenbehauptung das Beweisthem ***). Dies gibt z. B. die gemeine, der be-

*) Wenn z. B. der Darlehnsklage die Einrede der Rückzahlung entgegen geſetzt und dieſe mit einer an ſich klaren Quittung ſofort belegt wurde, welche der Kläger anerkannt, jedoch mit der illiquiden, in der Klage nicht anticipirten, Replik beſeitigen will: «es hätte ihm der Beklagte jene Quittung gewaltſam abgenöthiget,» ſo iſt die Klage als angebrachter Maßen unſtatthaft zu verwerfen, nicht aber jene Replik als Beweisthem aufzuſtellen. Hier ſey ſolches nur angedeutet. Die weitere An- und Ausführung der Gründe und die Widerlegung der gegneriſchen Meinung an einem andern Ort.

**) Hätte der Kläger den verneinten Klagegrund mittelſt eines anticipirten Zeugenbeweiſes dargethan, der Beklagte aber deſſen gemeine zerſtöhrende Einrede gleichfalls auf jenem Wege, ſo würde die vom Kläger der Einrede entgegengeſetzte ſpecielle, noch nicht erwieſene, Replik allerdings die Quelle des Beweisſatzes werden, inſofern in Hinſicht auf jene Klage und Einrede auch der directe Gegenbeweis beſeitiget iſt. In dieſen Fällen iſt das Vertheidigungsrecht vollkommen gedeckt. — Die Sache entwickelt ſich nur in der Reihefolge gleichartiger Beweiſe. Auch hiervon das weitere in einer andern Abhandlung.

***) So oft Einlaſſung, d. h. Antwort des Gegners über Wahrheit oder Nichtwahrheit einer Behauptung, gefordert wird, ſo oft iſt dieſes das Merkmal, daß der Behauptende auf den Weg des langſamen Beweiſes einſchreitet, und alſo auch dem Antworter die Befugniß zu langſamen Beweiſen gibt. Auf eine Behauptung, welche des ſchleunigen Beweiſes bedarf, iſt die antwortende Einlaſſung nicht Zwangspflicht — der Behaup-

jahenden Einlaßung in den ordentlichen Proceß angehängte, vom Kläger verneinte, peremtorische Einrede*). Und wäre auch dieſe mittelſt einer bejahenden Antwort des Klägers für den beklagten erwieſen, ſo würde des Klägers jener einräumenden Einlaßung beygefügte ſpecielle Replik**). die Quelle des Beweisſatzes werden u. ſ. w. Auch hier iſt Gleichheit des Gehörs in der Vertheidigung vollkommen geſichert — das erſte Verfahren erledige einen Theil der Beweiſe, welche, wären jene Einlaſſungen verneinend erfolgt, in dem Beweisverfahren ſucceſſiv ſich darſtellen würden, ſo daß nur diejenigen eventuellen Behauptungen als Gegenſtand einer beſondern Beweisführung übrig bleiben, welche als verneint und unerwieſen die übrig bleibende factiſche Streitfrage bilden. Die nach der Eventualmaxime nächſte wird dann die Quelle des ausdrücklich vorzuzeichnenden Beweisthems. Denn obgleich jede Parte y ihre eigne Behauptung zu beweiſen hat, inſofern ein Befreiungsgrund nicht eintritt, der Kläger alſo den factiſchen Grund ſeiner Klage und eigentlichen Replik, der Beklagte aber jenen Grund der zerſtöhrenden Einrede und der ſpeciellen Duplik darthun muß, ſo iſt doch jener Hauptbeweis der Einrede, Replik und Duplik nur ein indirecter Gegenbeweis, nur eventuell, d. h. auf den Fall nothwendig, wenn voran die vorausgehende Behauptung des Gegners erwieſen werden ſollte,

---

tende muß von dem ſchleunigen Beweismittel ſofort Gebrauch machen; er iſt gar nicht befugt, ſeinem Gegner eine Antwort anzuſinnen. Unpflichtig und unklug handelt ein Kläger, welcher in der Replik auf die facta einer vom Beklagten als proceßhindernd aufgeſtellten Einrede antwortet. Erklärung über die Aechtheit einer Urkunde, als ſchleuniges Beweismittel, iſt etwas anders.

*) Sieber, in dem ger. Proceß, §. 680 ibi all.

**) Im wahren Sinne als bloſſe exceptio contra exceptionem, L. 1. §. 1. L. 22. §. 1. D. 44. 1.

und der Product die Rechtsfolge dieſes gelungenen Beweiſes ſeines Gegners nicht wirkſam werden laſſen will **). Daher wird auch nur jene nächſte vorausgehende, noch nicht erwieſene, Behauptung des Gegners in dem vorzuſchreibenden Beweisthem aufgeſtellt; alles hingegen, was in das Gebiet der in dem Proceßgang ſogenanten indirecten Gegenbeweiſe gehört, allgemein, wohl nur ſtillſchweigend, vorbehalten **), wenn beſondere Gründe eintreten, auch den Gegenſtand dieſer eventuellen Hauptbeweiſe näher zu be-

---

*) Der Gegenbeweis auch der indirecte, iſt mehr Befugniß als Obliegenheit, nur bedingte, hypotheriſche, Zwangspflicht — ſein Unterlaſſen iſt kein Ungehorſam, wohl aber Verzicht auf Vertheidigung.

) Das allgemeine Princip, «daß, wenn in einem Beweisinterlocut der Befugniß, Gegenbeweis zu führen — dieſer blos hypothetiſchen Pflicht — auch gar nicht gedacht iſt, dennoch das Recht dortzu keinesweges als aberkannt angeſehen werden kann, vielmehr als ſtillſchweigend vorbehalten unverrückt ſtehen bleibt, » iſt auf das oben erwähnte Verhältniß eines Beweisthems der Einrede, Replik u. ſ. w. eben ſo anwendbar, als der Grundſatz des Proceſſes, «daß unter dem allgemein vorbehaltenen Gegenbeweis ſowohl der direkte, als der indirecte, obwohl beide an ſich verſchieden ſind, verſtanden werden muß.« Vergl. Danz, in den Grundſ. des ord. Proc. §. 251 und 254 mit Gönner in dem Handb. B. 2. Abh. 41. u. 42. Grolman, in der Theorie d. ger. Verf. in bürg. Rechtsſt. §. 96. Schaumburg, l. c. Lib. I. S. I. Mbr. III. Cap. I. §. 13. et not.. Thibaut, in dem Syſtem des Pandectenrechts, §. 1148. ib. all. Das ſtillſchweigende und allgemeine Vorbehalten der indirecten Gegenbeweiſe tadelt Müllner in der Elementarlehre der richterlichen Entſcheidungskunde. Leipz. 1812. Abh. 22. S. 192. Er will auch die Themata der blos eventuellen Gegenbeweiſe in dem Beweisinterlocut mit vorgezeichnet wiſſen.

ſtimmen*), vorzüglich auch um das Taugliche von dem Untauglichen zu ſcheiden, und das letztere ſofort auszuwerfen.

§. 20.

So gewiß nun rückſichlich ad 1. §. 18. es iſt, daß nur Thatſachen in das vorzuzeichnende Beweisthem aufzunehmen ſind, daß jedoch nicht promulgierte Geſetze und Gewohnheitsrechte den Begriff der zu erweiſenden Thatſachen beibehalten, mithin aber, als verneint, das Beweisthem, oder einen Theil hiervon, bilden können; und ſo klar es vorliegt, daß das promulgierte Geſetz, ſey es auch nur Landesrecht, oder ein Statut, als notoriſches Factum kein Gegenſtand einer Beweisführung iſt**); ſo wenig ferner die Regel einem Zwei-

*) Wenn z. B. der Beklagte blos nicht fundirte, irrelevante, auch als factiſch wahr wider den Kläger unwirkſame, peremt. Einreden vorſchützte, dem Kläger aber der Beweis in Hihinſicht auf den verneinten Grund der Klage aufgelegt wird, ſo iſt es Zwecklich, dem Beklagten nur den directen Gegenbeweis vorzubehalten, zugleich aber jene Einreden zu verwerfen. Gleichmäßig, wenn ein Theil der peremt. Einreden offenbahr untauglich iſt. Hier behält man den Gegenbeweis der tauglichen ausdrücklich ſo bevor, daß entweder a) dieſer Vorbehalt auf die namentlich ausgehobenen ſtatthaften Einreden beſchränkt, oder auch b) jene Einrede, welche als nicht fundirt u. ſ. w. vorliegt, ausdrücklich benannt und ausgeworfen wird, damit nicht in der Folge ein irrelevanter Gegenbeweis verſucht werde.

Auch dann, wenn über die Zuläſſigkeit einer fundirten Einrede geſtritten wurde, kann es wohlgethan ſeyn, ihrer in dem Beweisinterlocut namentlich zu gedenken. Vergl. m. Rechtsfälle für die Proceßpraxis, nr. 34. S. 1036. nr. S. 143.

**) Der Richter muß auch die promulgirten Particulargeſetze ſeines Landes kennen. Verſendet er aber Acten über einen ſolchen Rechtsſtreit, deſſen Entſcheidung von Particulargeſetzen abhängt, an ein Spruchcollegium, ſo muß er dieſe den Acten hinzufügen. Leicht möglich verwirft jenes Spruchcollegium diejenige

fel unterliegt: „es soll der Richter nur solche Thatsachen in den Beweissatz aufnehmen, deren Wahrheit oder Nichtwahrheit Einfluß auf die rechtliche Ueberzeugung des Richters von dem Daseyn oder Nichtdaseyn des streitigen, von ihm im Gefolge der Beweisführung zu entscheidenden, Rechtsverhältnisses der Parteien haben kann, d. h. nur relevanten Thatsachen; so wenig harmonisch ist jedoch bis jetzt die Doctrin und Praxis über den Umfang der in dem Beweisthem ausdrücklich zu erwähnenden Thatsachen. Und man wird auch hierüber so lange uneinig bleiben, als man diesen Umfang unter eine einzige Regel zwängen will. Selbst eine neue Gesetzgebung wird dieses nicht vermögen, sondern der Reflexion und Dexterität des wissenschaftlichen Richters vieles überlaßen müssen. Mit Recht tadeln fast alle die in Sachsen übliche allgemeine Formel, welche sich ganz generell auf Behauptung und Antwort zurück beziehet und den ersten Beweis ohne weiteres gebietet*). Denn im Fall jene Behauptung auch irrelevante Thatsachen in sich faßt und auch diese von dem Antworter verneint wurden, so wandert auch dieser unnütze Theil in die Beweisführung mit hinüber, oder der unkluge Advocat siehet ihn wohl als die Hauptsache des Beweisthems an, und ziehet seiner betrogenen

---

Klage als unstatthaft, deren Rechtsgrund ein promulgirtes Landesgesetz ist, welches jedoch in der Klage nachher nicht erwähnt, sondern als publicirt, folglich als notorisch, vorausgesetzt wurde. Academische Spruchcollegien können nicht alle Landesgesetze speciell kennen. So kann es auch kommen, daß jene Spruchbehörde den Beweis des Daseyns eines promulgirten Landes- oder Ortsgesetzes auflegt; wenn nämlich eine Partei auf dieses sich gründet, die Gewißheit der Promulgation jedoch aus den Acten sich nicht ergiebt.

*) Z. B. der Kläger sey schuldig, den Grund der Klage, so weit solcher von dem Beklagten verneint wurde, wie Recht zu beweisen. Hommel, in dem teutschen Flavius, sub v. Beweis.

Partey das Erkenntniß zu: „der angetretene Beweis sey für irrelevant, daher für versäumt, folglich aber der Beweisführer für sachfällig zu achten“ *). Ja wenn auch der Richter so unklug wäre, ein Beweisverfahren über die irrelevanten Sätze interloquirend einzuleiten, so erfolgt denn doch wohl, in dieser oder einer weitern Instanz, das Enderkenntniß „es sey nichts erwiesen;“ **) wäre auch die Wahrheit jener unerheblichen Thatsachen vollkommen dargethan. Dennoch ist jene allgemeine Formel dann unschädlich, wann die zu beweisende Behauptung in klaren kurtzen Sätzen nur das wesentliche des thatsächlichen Grundes der Klage, Einrede u. s. w. enthält, und eben so die Antwort, des Begriffes einer speciellen Litiscontestation eingedenk ***), jene Gränze scharf beobachtet, oder wenn auch nur diese Einlaßung jenes Wesentliche aus der vielleicht weitschweifigen, auch unerhebliche Thatsachen mit enthaltenden, Klage

---

*) Schaumburg, in princ. prax jud. Lib. I. Sect. I. Mbr III. Cap. II. §. 7. not. *** Wernher, in sel. obs. for. P. I. Obs. 285. Mevius, in Decis. P. 3. dec. 241.

**) Noch mehr tritt dieses ein, wenn auf jede vage Weise auf den Beweis einer an sich untauglichen, z. B. dunkeln, Behauptung erkannt wurde. Hommel, in Rhaps. qu. for Obs. III. Nicht zwecklich ist aber die hier erwähnte Formel: Kläger habe das erwiesen, was ihm aufgelegt worden sey; allein sein Suchen finde nicht Statt. Vergl. Weber v. d. Beweisf. im Civilpr. S. 31. f. Verwechseln muß man diesen Fall nicht mit der Proceßlage, wo der Richter selbst ein irrelevantes Beweisthem in einem Beweisinterlocut speciel vorzeichnet und dieses rechtskräftig wird M. s. §. 21.

***) Vergl. Heft I. nr. III. S. 40 f. Note *. Nothwendig ist es nicht, daß, wie Danz will, in den Grundf. des ord. Proc. §. 182, der Antworter die einzelnen Sätze nach der von seinem behauptenden Gegner gewählten Reihefolge ausgehoben habe; genug daß er alle wesentliche Bestandtheile jener Behauptung in irgend einer, deren Sinn nicht verschiebenden, Ordnung einzeln beantwortet hat.

u. ſ. w. herausgehoben und nur dieſe categoriſch beantwortet hat *). Denn iſt es allerdings nicht nothwendig, jene klaren Sätze dem Beweisinterlocut wirklich oder concentrirt einzuverleiben; es kann vielmehr Cautel ſeyn, der von den Parteien geregelten factiſchen Streitfrage nur Bezugsweiſe zu gedenken **), allenfalls mit Bezeichnung der verneinenden Glieder der Antwort. Letzteres iſt ſogar in dem Fall anwendbar, wo die Klage ꝛc. und ſpecille Einlaſſung hierauf auch irrelevante, letzten Ortes jedoch geſonderte, Thatſachen in ſich enthält ***).

So oft hingegen der Richter jene Kürtze und Klarheit nicht erfindet; inſonderheit auch, wenn die Einlaßung auf des Gegners, vieleicht confuſe, Behauptueg die factiſche Sreitfrage nicht ſcharf und ſo beſtimmt, daß eine Abirrung von derſelben nur das Product eines groben Irrthums, oder einer tiefen Ignoranz, des Beweispflichtigen ſeyn könnte, ſo oft iſt es für den Richter Cautel und Pflicht, in dem Beweisinterlocut das Beweisthem ſpeciell zu beſtimmen, d. h. diejenigen Thatſa-

---

*) Eine treffliche Anweiſung gibt hierzu Oelze, in der Anleitung zur ger. Praxis. §. 118. Mögten alle Geſetzgeber beherzigen, was von einer richtig geregelten Antwort auf eine gegneriſche Behanptung abhängt! Sie iſt eins der erſten Grundmittel, Proceſſe zu kürzen.

**) Denn auch dieſes giebt juriſtiſche Deutlichkeit; und ſetzt den Richter nicht der Gefahr aus, durch die Conſtruction des Beweisthems Rechtsmittel zu veranlaſſen, zu viel oder zu wenig zu thun.

***) Z. B. «Kläger ſey zu beweiſen pflichtig, was der Beklagte in dem 2ten, 6ten und 7ten Glied der Einlaſſung an dem factiſchen Grund der Klage verneint habe.« Sollten in andern Abſätzen der Lotisconteſtation auch unerhebliche, in der Klagſchrift miterzählte Thatſachen geleugnet ſeyn, ſo ſind dieſe auf jene Weiſe von ſelbſt ausgeſchloſſen.

chen ausdrücklich vorzuzeichnen, welche die für beweispflichtig erkannte Partei erweisen soll *).

Allein auch dieses Specielle ist im Allgemeinen ein vager Begriff; der Umfang desselben kann mehr oder minder groß seyn, ja auch Bezugsweise **) oder selbstständig ***) speciell. Daher auch in diesem Gebiet sehr verschiedene ****) Ansichten. Manche, unter diesen vorzüglich Gönner a. a. O. empfehlen, das Beweisthem so zu normiren, das solches nur das Zustandes- oder dasjenige dingliche Recht, oder diejenige factische Quelle der Obligatio, den Vertrag, Quasicontract das Delict, Quasidelict u. s. w., im Allgemeinen bezeichne, welches oder welche der Beweisführer behauptete, m. a. W. den concentrirten eigentlichen Streipunkt; wobei dann dem Beweisführer überlassen bleibe, da, wo er die Beweisführung eröffnet, den aufgelegten Beweis antritt, in die einzelnen Thatumstände einzugehen †), und hier der Freiheit sich zu

---

*) M. s. m. Rechtsfälle für die Proceßpraxis. Heidelberg 1817 nr. 34. S. 103. nr. 42. S. 120. nr. 74. S. 238. u. 40.

**) M. s. Note * S. 352.

***) M. s. die Rechtsfälle Note *.

†) M. vergl. nur Danz, in den Grundsätzen des ordentl. Processes, §. 233. Tevenar, in der Theorie der Beweise im Civilpr. S. 38. 46 und 170 f. Wehrn, von ger. Einwendungen, §. 53. Claproth, in dem ordentl. Proc. §. 214. Gönner, in den Erört. nr. XVIII. in dem Handb. Abh. XXXVIII u. zu Danz a. a. O. ed. 1806. Note * S. 380. Weber, von der Beweisführung im Civilproc. S. 33 f. Grolman in der Theorie des gerichtl. Verf. in b. Rechtsst. §. 186. Martin, in dem Lehrbuch des gem. t. bürgerl. Proc. §. 170. S. 162 ed. 1817.

††) Dieses stehet dem Beweisführer in jedem Fall offen, es mag ihm ein specielles Beweisthem, uud dieses mehr oder weniger speciell, vorgeschrieben seyn, oder nicht. Das kürzeste Beweis-

bedienen, auf grade m o d e r künſtlichem Wege, oder auf jenem und dieſem z u g l e i c h *), den Richter von der Wahrheit ſeiner Grundbehauptung zu überzeugen. Sie finden in des Richters Vorzählen dieſer Einzelnheiten der Geſchichtserzählung, aus welcher das Beweisthem gehoben wird, theils eine zweckloſe Weitläufttigkeit, theils die Gefahr, den Parteien Soff zu Rechtsmitteln zu geben.

Andere hingegen ſehen jenes concentrirte Beweisthem für noch immer zu vage und aus den nämlichen Gründen für verwerflich an, aus welchen oben die ganz generelle Formel des Beweisinterlocuts **) gemißbilliget wurde. Dabei ſtellt inſonderheit G r o l m a n a. a. O. die Regel auf: «es ſey das Beweisthem auf diejenigen, eines Beweiſes bedürfenden, Behauptungen beſtimmt zu r i c h t e n, auf welche der Beweisführer eine Behauptung gründete, jedoch nur in ſo weit, als ſie das durch die Behauptung verfolgte Recht auch w i r k l i c h b e g r ü n den, folglich unter Hinweglaſſung ſ o l c h e r behaupteten That-

---

them kann ſich in eine Reihe einzelner Beweisſätze, Artikel, ſpalten und zergliedern, und es können hier auch Thatſachen erſcheinen, welche noch nie in dieſen Acten vorgetragen wurden. Genug, daß aus ihrer Wahrheit oder Unwahrheit ein Beitrag zu der richterlichen Ueberzeugung von der Wahrheit oder Nichtwahrheit des B e w e i s t h e m s ſich folgern läßt. Dieſes iſt immer nur der G r u n d ſ t a m m, auf welchen alle zu Gebot ſtehende Erkenntnißquellen von dem Beweisführer hingeleitet werden. Vergl. m. Rechtsfälle für die Proceßpraxis, nr. 139. S. 519 und S. 422 ff. Sieber, in dem gerichtl. Proceß, 811. S c h a u m b u r g, Lib. I. S. I. Mbr. III. C. I. §. 18. not. * Von jenem G r u n d ſ t a m m aber darf der Beweisführer nicht a b i r r e n. Dies geſtattet regelwidrig Puffendorf, in obs. jur. un. T. I. ops. 54, wovon weiter unten

*). M. ſ. §. 18. Note **) S. 342.

**). M. ſ. Note * S. 350.

umstände, aus deren Beweis jenes Recht nicht nothwendig folgt, oder die ganz irrelevant sind. Gönner will also nicht zu viel und Grolman nicht zu wenig gethan wissen, und insoferne arbeiten sie auf das nämliche Ziel hin, welches sich jedoch nicht in jedem einzelnen Fall gleich groß oder klein zeigen wird. Man kann Gönnern u. a. gewiß beipflichten, insoferne sie aus dem factischen Vorbringen des beweispflichtigen Theils denjenigen Kern herausgehoben, als das Hauptfactum abstrahirt, wissen wollen, von welchem dann die übrigen Behauptungen jener Partei nur die Einkleidung und Zergliederung bilden, oder das geschichtliche Ausspinnen des factischen Grundes der Klage, Einrede u. s. w. Wohl aber muß sich der Richter dabei auch hüten, zu bloßen reinen Rechtsbegriffen zu schreiten, und hierdurch dem Beweisführer scheinbar ein weiteres Feld zu eröffnen, als ihm nach den zeither aufgestellten und beantworteten Thatsachen rechtlich offen stehet *). Bei den Zustands- und bei den dinglichen Klagen wird es der Regel nach unschwer seyn, den factischen Klaggrund aus der vielleicht weitschichtigen Geschichtserzählung abstrahirend herauszuheben und kurz gefaßt als Beweisthem aufzustellen; auch findet sich dieses oft möglich bei den persönlichen Klagen. Allein immer muß doch das Beweisthem ein thatsächliches Ver-

(* Durch die von Tenevar a. a. O. zum Zweck der Verhinderung gegen das Beweisinterlocut zu befürchtenden Rechtsmittel empfohlene Kürze des Beweisthems werden weit mehr Rechtsmittel veranlaßt, als durch die von Grolman bezweckte Bestimmtheit; wenigstens wird dort der Grund gelegt zu proceßverzögernden Streitfragen in der Beweisinstanz. Der Beweisführer dehnt sich aus über die Gränze seiner ursprünglichen Behauptung, und setzt dem dies rügenden Producten die Rechtskraft des Beweisinterlocuts entgegen; das Productionsverfahren erweitert sich, bedarf eines besondern Zwischenerkenntnisses, und auch dieses ist der Gefahr eines Rechtsmittels ausgesetzt.

hältniß bezeichnen, wird es auch mit einem ſolchen geſetzlichen Namen belegt, welcher zugleich auf einen Recht Rechtsbegriff hindeutet*). Der Richter denke ſich hierbei, daß er die Klage**) ſelbſt ſo verfertigen wolle, wie ſie ein rechtskluger Advokat fertigen könnte und ſollte; und dasjenige nun, was zu ihrer kürzeſten, dennoch aber klaren, factiſchen ***) Begründung weſentlich, aber hinreichend iſt, was der antwortenden Einlaſſung des Gegners, zum Zweck deſſen Gehörs und Vertheidigung, nothwendig ausgeſtellt werden mußte, und als eingereäumt den bezweckten Sieg des Behauptenden zur rechtlichen Folge gehabt haben würde, das forme er als Beweisthem. Auf dieſe Weiſe wird er Gönners abſtractes Hauptfactum gefunden haben, aber auch zugleich Grolmans Begehren erfüllen. Wenn alſo in einer actio filialis der Kläger weitläufig erzählte, „wie A mit der B ſich verlobt habe, von welchem Orte dieſe Eheleute zuſammen gelebt hätten, daß und wo Kläger während jener Ehe von der A geboren worden ſey u. ſ. w.," ſo würde ſich aus all dieſem Vorbringen der Hauptſatz als Behauptung herausheben laſſen: „Kläger ſey ein in der Ehe des A mit der B erzeugtes Kind," und dieſes, oder ein gleichgeltender Satz, wäre das erſchöpfende Beweisthem. Dem Beweisführer bliebe dann überlaſſen, dieſes thatſächliche Reſultat mittelſt des Beweiſes obiger einzelnen Thatſachen als juriſtiſche Wahrheit herzuſtellen. Eben ſo wird nicht ſelten eine weitſchichtige Eigenthumsklage, in deren Geſchichtserzählung eine umſtändliche Grundlage der Verjährung

---

*) Z. B. Eigenthum, Verjährung, Darlehn, Geſchäftsführung, Beſitz u. dgl.

**) Was in Hinſicht auf die Klage geſagt wird, gilt von jeder, affirmativen oder negativen, Behauptung, welche das Beweisthem werden ſoll; von der Einrede; Replik u. ſ. w.

***) M. ſ. §. 17. 18. 20.

u. dgl. enthalten iſt, in das kurze Beweisthem ſich auflöſen laſſen: „daß der Kläger das Eigenthum an der in der Klagſchrift beſchriebenen, im Beſitze des Beklagten befindlichen, Sache durch die Verjährung u. dgl. erworben habe;“ worauf dann der Beweisführer bei der Antretung ſeines Beweiſes in die einzelnen factiſchen Vorausſetzungen einer rechtsgültigen Verjährung eingehen und ſelbige erweiſen mag. Es hätte der Kläger ſeinen factiſchen Klaggrund in kurzen Sätzen auf jene Thatſachen bauen können*), ohne des Beklagten Vertheidigung zu beengen. Es konnte dieſer nicht nur die Verjährung verneinen, ſondern auch, als Grundlage eines Gegenbeweiſes, excipiendo anführen, was mit dem Daſeyn der Verjährung in Widerſpruch ſtehe**). Nicht weniger iſt auch in Hinſicht auf einen großen Theil der aus dem Obligationenrecht entſpringenden Klagen jenes Abſtrahiren und Concentriren des Beweisthems häufig anwendbar; es iſt z. B. oft möglich, aus der umſtändlichen Darlehnsklage den kurzen Beweisſatz zu heben: „daß der Kläger dem Beklagten am u. ſ. w. 100 fl. als Darlehn vorgeſchoſſen habe,“ u. dgl.

Allein dieſe Regel iſt kaum Regel zu nennen. Denn ſehr oft macht es ſich nöthig, mehrere ſpecielle Thatſachen in das Beweisthem aufzunehmen. Wahr bleibt es immer, daß ſolches nicht mehr und nicht weniger enthalten darf als, beantwortete es der Gegner mit Ja, zum Sieg des Beweisführers ausreicht; doch eben dieſe Bedingungen des Ausreichens führen nicht ſelten zu einem mehr umfänglichen Inbegriff der weſentlichen Thatſachen, nach der Natur der Klage und deren factiſchen, bisweilen aus einer unzertrennlichen Geſchichtserzählung beſtehenden, Grunde. Dann kann es ſchwierig ſein und eine ſchädliche Dunkelheit veranlaſſen,

*) Vergl. m. Rechtsfälle für die Proceßpraxis., nr. 102. S. 328

**) Z. B. Unterbrechung des Beſitzes, mala fides, Mangel eines Titels.

das ſchon ſeinem Urſprung und ſeiner Natur nach zuſammengeſetzte Hauptfactum in einem kurzen Satze darzuſtellen; es kann die von Grolman beſorgte Allgemeinheit mit ihren Folgen allerdings eintreten. So iſt es z. B. bei der der actio doli, quod metus causa, u. a. nothwendig, die Thatſachen, aus welchen der dolus hervorgehen ſoll, oder in welchen die Merkmale des Zwangs und der Furcht liegen *), der Einlaſſung mitauszuſtellen**), und ſo gehören ſie dann, als verneint, auch in das Beweisthem ***). Von ſelbſt aber verſtehet ſich, daß auch hier der Richter das Weitſchweifige in das kurze ziehen darf und ſoll. Dabei kann auch ein Bezug auf diejenigen Actenſtelle möglich und zwecklich ſeyn, wo die weſentliche Thatſache in ihrem Zuſammenhange erzählt worden iſt †). Nicht nur in Anſehung der Klagen ſondern noch häu-

---

*) Klein, Heft II. Abh. XVII. S. 226 d. Arch.

**) Es wäre ſonſt die Klage zu generell und deshalb des Beklagten Vertheidigung gefährdet.

***) Lautet z. B. ein Beweisinterlocut dahin: es ſolle der Kläger beweiſen: „daß ihm der Beklagte das in der Klage beſchriebene Pferd mit Gewalt abgenommen habe:“ ſo kann der Kläger bei der Beweisantretung leicht auf ſolche Gewaltfacta abirren, über welche der Beklagte nicht gehört wurde.

†) Z. B. der Kläger ſey zu beweiſen pflichtig: „ daß er auf die Bl. 2 d. Act. vorgegebene Weiſe von dem Beklagten zur Ausſtellung der Bl. 7 d. A. erſichtlichen Quittung genöthiget worden ſey. „ Auf eine ähnliche Weiſe hätte wohl auch das von Gönner a. a. O. Abh. 37. §. 3. S. 305. erwähnte Beweisthem eine feſtere Beſtimmung erhalten können; z. B. daß Kläger vom Beklagten wenigſtens durch den geringſten Grad der Nachläſſigkeit auf die nr. act. 1 angegebene Weiſe verwundet worden ſey. „ Denn die Identität des Wie muß auch geſichert werden. War aber die Verwundung als Factum an ſich ſchon erwieſen, ſo mußte dieſes aus der Conſtruction des Beweisthems hervorleuchten, S, 344. oder es war vielmehr in beiden Fällen

ſiger findet ſich jenes bei ſolchen Einreden anwendbar, deren factiſcher Grund aus einer zuſammengeſetzten Geſchichtserzählung beſtehet. *). oft beſtehen die zum Beweis auszuſtellenden Thatſachen auch nur aus Bruchſtücken, weil der übrige Theil eines weitern Beweiſes nicht bedarf. Dann handelt der Richter zwecklich, wenn er auf eine rechtskluge Weiſe das noch übrige Beweisthem ſo formt, daß es mit dem bereits erwieſenen Theil ein geſchloſſenes Ganze bildet, d. h. daß beides zuſammen die geſetzliche Bedingung des Sieges des Beweisführers in ſich enthält **). Und überall hat der Richter zugleich auch auf die Nebenpunkte, Acceſſionen u. dgl. Rückſicht zu nehmen, welche mitgefordert wurden, und die zu ihrer Begründung ein beſonderes Factum bedürfen ***).

Die von Martin †) aufgeſtellte Regel iſt dahin zu erläutern: Bei den dinglichen und den Zuſtandsklagen iſt es allerdings möglich, in dem Beweisinterlocut nur das Daſeyn des ſtreitigen Rechts oder Zuſtandes, als Gegenſtand der Beweis-

---

rechtswidrig, das Daſeyn der Culpa als Beweisthem anzuſehen. Ihr Nichtſeyn war Gegenſtand des Gegenbeweiſes. Thibaut, in dem Syſtem des Pandectenrechts, §. 255.

*) Wie häufig ſtützt ſich die Einrede der Compenſation auf Berechnungen. Trifft dann den Beklagten die Hauptbeweislaſt, ſo iſt es unthunlich, die einzelnen Poſten in das Beweisthem aufzunehmen, aber auch nicht räthlich, den Beweis der Einrede ohne nähere Beſtimmung ihres factiſchen Grundes zu gebieten, ſondern eine möglichſt kurze Zurückweiſung auf die zur Compenſation ſich eignende Poſten wird die bleibende Streitfrage am ſicherſten reguliren.

**) Ein kleines Beiſpiel findet ſich in meinen Rechtsfällen für die Proceßpraxis nr. 34. S. 103.

***) Z. B. der beſtimmte Zahltag zur Begründung der Verzugszinſen.

†) A. a. O. §. 171. S. 262. ed. 1817.

führung vorzuſtecken, wenn man ſich nämlich über die Praxis nicht erheben, ſondern der Meinung beipflichten will, das Römiſche und Canoniſche Recht begnüge ſich bei jenen Klagen mit der Aufſtellung des generellen Klaggrundes, und habe auch durch einheimiſche Geſetze eine Abänderung nicht erlitten *). Dann muß man aber vorausſetzen, daß die Klage nur jenen allgemeinen Klaggrund enthalte; indem, hätte der Kläger zugleich auf einen beſondern Klaggrund ſich geſtützt, der Richter auch dieſen in den Beweisſatz mit aufnehmen muß **), und, unterließe er ſolches, entweder eine Ungewißheit der Hauptſtreitfrage veranlaſſen, oder den Kläger in Gefahr ſetzen würde, auf den Fall des Beſiegtwerdens die res judicata gegen das in der Allgemeinheit verfolgte dingliche Recht überhaupt wider ſich gelten zu laſſen, und ſo die Befugniß zu verlieren, mit der nämlichen dinglichen Klage, nur geſtützt auf einen andern ſpeciellen Klaggrund, hervorzutreten ***). Nimmt man aber, wie auch Martin thut †), als richtige Doctrin an, daß nach dem Geiſte der teutſchen Proceßgeſetze auch in Zuſtands- und dinglichen Klagen der beſondere Klaggrund nicht fehlen darf ††), ſo

---

*) Z. B. Danz, in den Grundſätzen des ordentlichen Proceſſes, §. 67 und 68.

**) Ganz irrig iſt hierunter Tevenar, a. a. O. S. 40. Wohl aber macht Martin a. a. O. S. 262 mit Noten auf obige Pflicht des Richters aufmerkſam.

***) M. vergl. Cap 3 in 6to. 2. 14. L. 11. §. 2 und 5. L. 14. §. 2. L. 27. D. 44. 2. L. 159. D. 50. 17.
Bei den Zuſtandsklagen tritt ganz das nämliche Verhältniß und die nämliche Streitfrage ein.

†) A. a. O. §. 134 a. E. ed. 1817

††) M. ſ. die bei Martin a. a. O. n. y., angezogene Rechtsl. auch: Glück zu Hellf. §. 281. und Gönner, in dem Handb.

muß ſolcher auch immer in dem Beweisthem mit ausgeſprochen werden, oder es iſt, fehlt er in der Klage, gar nicht auf Beweis zu erkennen, vielmehr die Klage, als zu allgemein, mit der gewöhnlichen Formel zu verwerfen, ſie finde angebrachter Maßen nicht Statt *).

In Hinſicht auf die perſönlichen Klagen hingegen iſt es zweifellos, daß ſie ohne ſpeciellen Klaggrund, ohne Bezeichnung der factiſchen Quelle, aus welcher des Beklagten Verbindlichkeit hervorgegangen ſeyn ſoll **), nicht beſtehen kön-

---

Abh. XXXIII. § 4. S. 182. Grolman a. a. O. §. 166 nr. 5 Nach der neueſten Anſicht von Borſt in dieſem Archiv, Heft II. Abh. XIV. S. 174 ff. ſoll auch das Römiſche und Canoniſche Recht eine andere als die zeitherige Interpretation zulaſſen.

*) Daß der Richter nicht ſuppliren dürfe, was in das Gebiet der Thatſachen gehört, und nicht an der geſetzlichen Stelle vorgetragen wurde, iſt ſchon oben geſagt. S. 344.

**) D. h. des Contracts, Quaſicontracts, Delicts, Quaſidelicts u. ſ. w. Eine geſetzliche oder Kunſtbenennung dieſes Rechtsgeſchäfts u. ſ. w. iſt jedoch keineswegs und in keinem Fall nothwendig, ſondern genug, wenn das klar erzählte Factum die weſentlichen Merkmale und Beſtandtheile des geſetzlichen Begriffes eines klagbaren factiſchen Ereigniſſes oder Verhältniſſes in ſich faßt. Jener Name, als ſolcher, iſt ein Rechtsbegriff, deſſen Auffinden und Hinzudenken zu dem richterlichen Beleuchtungs- und Ergänzungsamt gehört. Daher hat der Richter den ſpeciellen Klaggrund nicht nach dem Namen abzumeſſen, welchen der Kläger ſeiner Klage beilegte; daher ſchadet es nichts, wenn jener Name, oder die Benennung des Facti ſelbſt, irrig ſein ſollte, ja wenn ein falſcher Rechtsklaggrund hinzugefügt wäre, ſondern das Factum ſelbſt, und nur dieſes, hat der Richter zum Zweck der Reflexion in das Auge zu faſſen: ob aus jenem geſetzlich ein Klagrecht hervorgehe, und ob das Geſuch der Klage dieſem entſpreche? — Cap. 6. X. 2. t. Seyfarth in dem d. deutſch. Reichspr. Cap. 1. §. 10 Cocceji contr. L. 2. P. 13. 9. 4. Leyser, in med

nen *), daß ſie, mit jenem Mangel behaftet, ſo fort als zu vage zurückzuwerfen ſind, und daß alſo in dieſem Gebiete ein haltbares Beweisthem nicht auftreten kann, welches blos auf die Verbindlichkeit an ſich, auf das kahle debere gerichtet wäre **)

§. 21.

Nur relevante Thatſachen, nur ſolche, die ein geſetzliches fundamentum actionis, exceptionis rel. in ſich enthalten, ſoll der Richter in das Beweisthem aufnehmen. Wie aber wenn er, aus Rechtsunkunde, im Gefolge einer irrigen Reflexion und Abſtraction, dennoch irrelevante Thatſachen als Beweisſatz aufſtellt? Auch hier iſt man uneinig darüber: „ob ein ſolches Beweisinterlocut der Rechtskraft fähig ſey.“ Manche bejahen dieſes, und ſehen dann auch den Beweis des vorgezeichneten, urſprünglich irrelevanten, Beweisthems als Bedingung des Sieges der beweispflichtigen Partei an ***)

---

ad P. sp. 37. m 5. Weber, in den Beitr z. Lehre v. ger. Kl. u. E. St. 2 S. 9. vergl. mit Gönner, in dem Handb. Abh. X. §. 11. Ein anderes Geſuch darf der Richter nicht ſubſtituiren, und wenn der vom Kläger der Klage ausdrücklich gegebene Name auf deren Factum wirklich anwendbar iſt, ſo muß dieſer Wahl des Klägers nachgegangen werden.

*) Cap. 2. 3. L. 14 §. 2. D. 44. 2.

.) Vergl. Schmidt, in dem Lehrbuch v. ger. Klagen und Einr. §. 100 ibi all. not. a. Boehmer, in doctr. de act Sect. I. Cap. IV. §. 5 not. 5. in f. Hellfeld, in jur. for. §. 231. und Glück z. d. §. Schaumburg, l. c. L. 1. S. I. Mbr. I. Cap I. §. 3. not. ***. Man könnte hier ſagen: si indiscrete loquitur actio; ſo wie bei einer Schuldſchrift, in welcher die causa debendi nicht angegeben iſt L. 25. §. 4. D. 22. 3.

***) Claproth, in den Grundſ. des ordentl Proc. §. 214 ibi all. not d.

Andere ſprechen einem Erkenntniß jenes Inhalts die Fähigkeit zur Beweiskraft ab, und beziehen ſich vorzüglich auf des Geſetzes Befehl an den Richter, »ad probandum nichts zuzulaſſen, was impertinent, unnothwendig u. ſ. w. ſey“ *); ſo wie auf eine Stelle des canoniſchen Rechts **), welche von der in der Appellationsinſtanz rechtsmöglichen Verbeſſerung eines, wenn auch dem Alter nach rechtskräftigen, Interlocuts redet, inſoferne ſolches eine exceptio principali negotio praejudicans; vel judicium nullum reddens, zurückgewieſen habe.

Allein jenes Reichsgeſetz ſpricht blos von dem freiwillig unternommenen Beweis einer Partei, welche es nicht erwarten wollte, daß ihr der Richter das Beweisthem in einem Interlocut vorzeichne. Ein ſolches rechtskräftiges Zwiſchenerkenntniß liegt daher gar nicht in dem Geſichtspunkt des Reichsabſchiedes; und wenn man deſſen bezogene Stelle auf ein vorhandenes Beweisinterlocut anwendet, ſo läßt ſich aus ihr noch gründlicher deduciren, „ der Richter ſolle nichts zum Beweis zulaſſen, was nicht in jenem Erkenntniß als Beweisthem vorgezeichnet iſt. „ Denn die gemeinrechtlichen Folgen der Rechtskraft ſind dort auf keine Weiſe berührt, vielweniger aufgehoben. Soviel liegt zwar auch klar in dem Geiſte des teutſchen Geſetzes, daß auch der Richter impertinente, zu beweiſen unnöthige, Thatſachen in das vom ihm ſelbſt gefertigte Beweisthem nicht aufnehmen, daß er nur pertinente, relevante, eine Beweisführung annoch erheiſchende, Thatſachen

---

*) R. Abſch. v. J. 1654. §. 50. Die Begriffe impertinent und irrelevant ſind identiſch. Denn was zu dem wahren Beweisthem nicht gehört, iſt auch keine Grundlage für die richterliche Ueberzeuguug von jenem Beweisthem, mithin vergeblich — irrelevant — und ſo zugleich unnothwendig. Das letzte nnd der Nachſatz im Geſetz zeigt jedoch zugleich auf relevante, eines weitern Beweiſes aber nicht bedürfende, Thatſachen hin, Heft II. S. 264 f.

**) Cap. 12. in 6to 2 15.

in dem Beweisinterlocut vorzeichnen soll; verletzt er aber dennoch diese gesetzliche Vorschrift, so folgt doch noch nicht, das er eine unheilbare Nichtigkeit begangen habe sondern, jene Nullität wird, der Regel nach, nur als eine heilbare aufgefaßt werden können. Wenn der Richter der zur Beweisführung pflichtigen Partei andere Thatsachen zu beweisen auflegt, als er aus dem Gebiete derselben Behauptungen hätte ausheben sollen, so berührt dieses so wenig die Competenz des Gerichts, als der Parteien Befugniß oder Fähigkeit zu dem vorliegenden Rechtsstreit, und eben so wenig verletzt jene Abweichung von dem materiellen Recht ein substantiale processus *) Auch kann man nicht sagen, durch jenes Erkenntniß werde einer sacra constitutio gleichsam abrogirt **), dieselbe

---

*) M. Handbuch zu Martins Lehrb. des Civilpr. Thl. 1. Abh. III. S. 36 ff.

**) Aus Klüpfels Abhandl über einzelne Theile des bürgerlichen Rechts, Abh. VII. §. 2. schöpfte ich die reine, in meinem Handb. zu M. S. 44 Note 14 (ib v wenn das Urtheil der festgestellten Gesetzen direct widerspricht) mir vorschwebende Erkenntniß, daß die Formel: „ der Richter habe contra jus in thesi erkannt," oder, wie die Römischen Gesetze es bezeichnen, „contra juris rigorem, contra sacras constitutiones, contra juris manifesti formam, contra legis statutum," nur auf den Fall zu beschränken ist, wo ipsa verba sententiae einen Satz als Rechtssatz aussprechen, als die Entscheidung selbst publiciren, welcher den klaren Buchstaben des promulgirten Gesetzes aufhebt, diſes als nicht vorhanden, als ungültigerklärt, und zwar ausdrücklich – expressim speçialiter. Die von dem Gesetzgeber selbst L. 1, §. 2. D. 49. 8. u. L. 2. Cod. 7. 64. zur Erläuterung gegebenen Beispiele sprechen jenes klar aus, so wie zugleich, nebst andern deutlichen und durch dasselbe noch mehr verdeutlichten Gesetzen. z. B. L. 32. D. 42. 1. die Vorschrift: „jede richterliche Entscheidung, welche entweder a) in dem Gebiete der streitigen Thatsache irrt, oder b) bei derer Subsumtion unter das Gesetz die richterliche Reflexion sich täuschte,

geradezu umgeſtürzt, vielmehr gehört jener Fall zu denjenigen, von welchen das R. Recht ſpricht, nur das jus privatum litigatioris*) werde verletzt, und es ſey alſo die Sentenz der Rechtskraft fähig. In der Abſicht der Geſetzgeber liegt es wohl, daß jeder Rechtsſtreit dem materillen Recht gemäß entſchieden werde, daß der Richter weder in facto noch in jure ſich irren ſoll; allein der Geſetzgeber ſiehet auch voraus, daß eine ſo vollkommene Rechtspflege für menſchliche Seelen- und Kenntnißkräfte nicht erreichbar ſey und daß, bei der möglichſten Beſtimmtheit der Geſetze, und bei den beſten Kenntniſſen und Willen der Richter, dennoch viele Erkenntniſſe erfolgen werden, die von dem Geſichtspunkt des materillen

---

wo der Richter nicht hieher gehörige Geſetze als Motive ſeines Ausſpruchs anwendete und ſo zu einem materiell ungerechten Erkenntniß ſich verirrte, oder bei welcher c) der Richter das für jenes thatſächliche Verhältniß gegebene Geſetz zwar kennt und in das Auge faßt, jedoch unrichtig interpretirend, wähnt, auf den vorliegenden Fall ſey jenes Geſetz nicht anwendbar, „ non existimat, causam de qua judicat, per eam constitutionem juvari, „ L. 32 cit. jedes ſolche Erkenntniß iſt der Rechtskraft fähig; inſoferne nämlich, was ſich von ſelbſt verſtehet, ein anderer Nullitätsgrund nicht eintrit.

*) L. all. 1. §. 2. D. 49, 8. Spricht der Richter expressim contra sacras constitutiones, ſo erhebt er ſich nichtig als Geſetzgeber, verletzt und beleidiget den Staat und deſſen geſetzgebende Gewalt unmittelbar, das jus certum macht er incertum. Maſſet er ſich aber jener dictatoriſchen Gewalt nicht an, irrt nur in Thatſachen und in der Anwendung der Geſetze, ſo iſt das ausgeſprochene falſche Reſultat ſeiner irrigen Reflexion, dieſe Rechtswidrigkeit, doch nur blos Private der Partei, welcher hieraus ein Nachtheil für ihren Privatrechtskreis — jus litigatoris — zufließt. Sie darf dieſe Ungerechtigkeit dulden. Will ſie aber dieſes nicht, ſo ſoll ſie durch ein Rechtsmittel ihren Widerwillen ausdrücklich erklären, oder es ſoll ihre ſtillſchweigende Einwilligung fingirt werden. Die Verletzung des juris litigatoris, die iniquitas, iſt zwar auch eine Verletzung des

Rechts aus ſich anfechten und vernichten laſſen *). Darum wollen ſie, und müſſen es wollen, ſoll nicht jedes Eigenthum unſicher und jeder Rechtsſtreit ewig bleiben, daß der Proceß ein förmliches Recht **) produciren könne, und daß dieſes in dem Privatrechtskreis der ſtreitenden Theile die Kraft des materiellen Rechts relativ erhalte ***). Zu dieſem Zweck nimmt das Geſetz, der bürgerlichen Freiheit in jenem Eigengebiet angemeſſen, weiſe an, die Proceßverhandlungen einer Partei ſeyen als Ausflüſſe der Dispoſition eines Eigenthümers über das Seinige zu betrachten †). Darum iſt Verzicht, auf den Rechtsſtreit und in dieſem, ſo wie Vergleich rechtsgültig; darum iſt verordnet, welche Partei das von dem Richter über eine verhandelte Streitfrage unter Beobachtung der legalen Form eröffnete Erkenntniß innerhalb 10 Tagen nicht anfechte um deſſen Abänderung nicht bitte die ſolle ſo beurtheilt werden, als habe ſie in jenen Rechtsſpruch eingewilliget,

---

juris in thesi, keineswegs jedoch im Sinne denn L. 1 §. 2 D. 49. 8. L. 19. D. 49. 1. L. 2. Cod. 7. 64. keineswegs die Begründung einer unheilbaren Nullität. Klüpfel a. O. Das can. R. iſt mit dem Röm. vollkommen einverſtanden. Vergl. Cap. 1. et 13. X. 2. 27. mit G. L. Boehmer, pr. jur. can. §. 324.

* Ewige und allgemeine Warheit bleibt Neratii Ausſpruch: jus finitum esse potest et debet; sed facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallit, L. 2. Dig 22. 6. Die applicatio legis ad factum iſt hierunter mitbegriffen.

**) So wie auch die proceſſualiſche Warheit der Regel nach nur formell iſt. Heft I. nr. III. §. 3. S. 3. ff.

***) Grolman a. a. O. §. 99. Almendingen, in der Metaph. des Civilpr. nr. IV. S. 54. f.

†) Martin, a. a. O. §. 106. M. Handbuch, Thl. I. Abth. III. §. h. S. 63.

durch jene Omiſſivhandlung ihre unwiderrufliche*) Zufriedenheit dortmit erklärt **), und ſo ſolle jenes Erkenntniß in Anſehung der verhandelten Streitfrage als res judicata, die Stelle des Geſetzes für die ſtreitenden Theile ***) und die Stelle der Warheit vertreten — jene Rechtskraft ſolle, einer novatio gleich, ein beſonderes Klagrecht, die actio judicati, auf Anerkennung und Erfüllung des richterlichen Anſpruches begründen †),

---

*) Von der ſehr beſchränkten Ausnahme einer Reſtitution abgeſehen.

**) Deutlich leuchtet dieſe Anſicht aus den Geſetzen hervor. Vergl. Cap. 13. et 15. X. 2. 27. L. 7. C. 7. 62. L. 5. C. 7. 52. L. 4 in fine C. 7. 46. L. 5 pr. C. 2. 56. L. 1. C. 2. 6. L. 1. C. 7. 54. L. 2. in f. C. 7. 63 Aus jener Zufriedenheit und Unterwerfung erwirbt aber auch zugleich der Gegner ein Recht, welches der Wirkung nach einem Vertragsrecht ähnlich iſt: Auch der Richter darf das puplicirte Erkenntniß einſeitig oder unter Conſens der einen Partei, nicht ändern, L. 14. 42. et. D. 42. 1. am wenigſten das rechtskräftige Urtheil. L. 1. Cod. 7. 50. Des Gemeinwohls wegen, damit Proceſſe nicht ewig werden und dieſes mehr Unheil veranlaſſe, als die Möglichkeit einzelner ungerechter Ausſprüche des Richters, ſoll ein Ziel des gerichtlichen Haders geſetzt ſein. Tit. Cod. de re jud. 7. 52, Mag alſo hierbei von der Idee eines ſtillſchweigenden Vertrags zwiſchen den Parteien ausgegangen werden oder nicht immer bleiben obige geſetzliche Principien ſtehen. Vergl. Almendingen in der Metaph. des Civilpr. nr. VIII. S. 162 Batz. Abh. u. ſ. w. nr. XX. Klüpfel, a. a. O. nr. VIII. 5. 6.

***) Martin a. a. O. §. 110.

†) L. 25. §. 1. 5. L. 207, D, 50. 17. L, 2. C. 7. 52. mit L. 1. C. 2. 5.

††) L. 3. §. 11. D. 15. 1. Idem (Papianus) scribit: judicati quoque patrem de peculio actione teneri. Quod et Marcellus putat; etiam ejus actionis nomine, ex qua non potuit pater de peculio actionem pati. Nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita judicio contrahi; proinde

Einer ſolchen Rechtskraft iſt aber auch das Beweisinterlocut fähig; denn es iſt ein entſcheidendes Interlocut, interlucatoria mixta, weil es zwar reſp. den Proceß leitet, reſp. aber auch über die Pflicht zur Beweislaſt erkennt, und zugleich entſcheidet was der Beweisführer als Bedingung ſeines Sieges zu beweiſen habe *).

Und was nun das Cap. 12. X, de appellat. hieran abändern ſollte läßt ſich um ſo weniger abſehen, da es von einem Beweisinterlocut gar nicht ſpricht, ſondern von dem Zurückweiſen oder Nichtbeachten vorgeſchützter Einreden. Inſofern daſelbſt geſagt wird: „die exceptio judicium nullum reddens ſey auch nach der Definitivſententz in der Appellationsinſtanz noch zu beachten," iſt hiermit nur das allgemeine Rechtsprincip ausgeſprochen und beſtätiget, daß eine nullitas im eigentlichen Sinn, ein unheilbarer Nichtigkeitsfehler, die Rechtskraft nicht beſtreiten kann, daher aber von Richteramtswegen in jeder Lage des Proceſſes berückſichtiget werden muß **), und es iſt eine reine petitio principii, wenn man dabei vorausſetzt die richterliche entſcheidende Beſtimmung eines impertinenten Beweisthem ſey eine unheilbare Nullität, eine decisio judicium nullum reddens. Wenn aber das Geſetz auch des Repulſes einer deceptio pacti vel praescriptionis seu aliae principali negotio praejudicantis erwähnt, ſo wird ſie hiermit keinesweges eigentliche Präjudicialſtreitpunkte ***) bezeich-

---

non originem judicii spectandam, sed ipsam judicati veluti obligationem, rel. Conf. Martin, a. a. O. §. 110. ibi. leg. Note, * S. 157.

*) Martin, a. a. O. §. 103. und 109 ibi. leg. Note i.

**) M. Handb. zu Martin, Thl. I. Abh. III. §. d. S. 50 ff. ibi leg.

***) Mein Handb. zu M. Abh. IV. S. 81 ff.

net ſondern, wie aus jenen vorangeſetzten Beiſpielen in Verbindung mit einem andern Geſetz *) ſich klar genug ergiebt ſolche, den Klaggrund ſelbſt anfechtende, dieſen ganz oder zum Theil zerſtörende, Einreden, welche den Vollzug der Litisconteſtation nicht hemmen ſollen, — im Gegenſatz der proceßverhindernden Einreden des canon. Rechts. Dieſer Zuſammenſtellung gemäß enthält das Cap. 12 in 6to de appell. 2. 15. den Sinn: Hat der Richter eine von dem Beklagten vor der Litisconteſtation dem Kläger entgegengeſetzte, peremtoriſche, jedoch vom Geſetz zu einer proceßverhindernden nicht erhobene, Einrede durch ein rechtskräftiges Interlocut für unzuläſſig erkannt**), nachher aber den Beklagten in der Hauptſache definitiv verurtheilt ***), ohne auf jene peremtoriſche Einrede als ſolche Rückſicht zu nehmen, ſo ſoll der gegen dieſe Definitivſentenz Appellation einwendende Beklagte auch dadurch, „daß der Richter jene zerſtörende Einrede †) bei der Verurtheilung unbeachtet gelaſſen habe,“ ††) ſich beſchwert finden, das Appellationsgericht aber dieſe Gravamen heben dürfen †††). Denn die erwähnten Einreden waren

---

*) Cap. 1 in 6to de litiscontestat. 2. 3. Exceptionis peremtoriae, seu (i. e.) defensionis cujuslibet principalis cognitionem negotii contingentis (i. e. principali negotio praejudicantis) ante litem contestatum objectus, nisi de re judicata, transacta, seu finita, excipiat litigator, litiscontestationem non impediat vel retardet, rel.

*) als dieſen Orts unſtatthaft, als nicht geeignet, die Litisconteſtation aufzuhalten.

***) Entweder weil die Litisconteſtation bejahend war, oder der Kläger den Grund ſeiner Klage bewieſen hatte.

†) Als gemein except. peremt.

††) Z. B. weil er nicht vorerſt auf ihren Beweis, indirecten Gegenbeweis, erkannte.

†††) Nicht von Bedeutung ſind hierbei die Worte: gravamen per interlocutoriam illatum. Das Decret konnte ei-

aus einem doppelten Geſichtspunkt zu betrachten; einmal als, nach des Beklagten Abſicht, proceßverhindernd, und dann, als peremtoriſche überhaupt, als Grundlage eines indirecten Gegenbeweiſes nach vollzogener Litiscontestation und nach hergeſtelltem Beweis des Klaggrundes, ſey es durch Geſtändniß des Beklagten oder durch eine weitere Beweisführung des Klägers*). Verwarf ſie nun der Richter in der erſten Qualität, ſo muß er ſie dennoch als in der zweiten, gemeinen peremtoriſchen, Eigenſchaft als vorgeſchützt und fortdauernd anſehen, und es war alſo illegal es war eine Beſchwerde, wenn er in der Definitivſentenz jenes ſein reſp. rechtsbeſtändiges Interlocut ſo auslegte**), als wä-

---

nen einzeln vorliegenden Fall, oder überhaupt den Fall vor Augen haben, wo der Richter die Einrede durch ein Interlocut allgemein verwirft, ohne Beiſatz: an dieſer Stelle, als proceßverhindernd, finde nicht ſtatt. Dann gehet das gravamen von dem Interlocut aus, dieſes aber wird nur erklärt, nicht abgeändert. M. ſ. a. N. ***.

*) Wir finden in dem teutſchrechtlichen Proceß das nämliche Verhältniß wenn gleich es eine vergebliche Mühe iſt, Zahl Entwickelung; und Wirkung der proceßverhindernden Einreden aus dem can. Recht abzuleiten und abzumeſſen. Der Beklagte ſchützt die nämliche peremtoriſche Einrede a) als proceßverhindernd vor und hängt ſie b) auf den Fall, daß ſie in jener Eigenſchaft nicht durchgreifen ſollte der eventuellen Einlaſſung an. Hier bleibt ſie ſtehen, wird auch erkannt: „, der Beklagte ſey jener Einrede ungeachtet, auf die Klage ſich einzulaſſen pflichtig. „ Er kann ſie dennoch, als gemeine zerſtörende Einreden, durch langſamen Beweis darthun und wirkſam machen.

**) Auf dieſe Weiſe bildete ſich das Gravamen durch die Definitivſentenz erſt aus, obgleich veranlaßt durch das Interlocut, aus dieſer Quelle fließend, und ſo per interlocutoriam illatum. Ehe der Richter den Beklagten in die Hauptſache verurtheilte lag es im Dunkeln und war nicht zu ver-

ren die Einreden auch in ihrer zweiten Eigenſchaft bereits aberkannt. Sentenzen und Rechtskraft ſind enge zu erklären *); ſtillſchweigende Verzichte ſind im Zweifel nicht zu vermuthen **); dunkle zweiſinnige Erkenntniſſe werden erſt durch ihre Erläuterung der Rechtskraft fähig ***). Zugleich erklärt ſich nun auch, warum das Geſetz der Einreden, quae judicium nullum reddunt, ausdrücklich miterwähnt, und mit folgenden Worten ſchließt: ubi vero interloquutoria super eo profertur, quod non parat praejudicium negotio principali, vel judicium nullum reddit, nisi fuerit appellatum a b ipsa, per appellationem a definitiva postea interjectum gravamen illatum nequaquam poterit revocari †). Es bezeichnet nämlich dieſer Umfang blos die Einreden, welche wir gemeine dilatoriſch Einreden nennen ††) und die auf einen Nichtigkeitsfehler des Verfahrens nicht gerichtet ſind. Dieſe blos verzögerliche Einreden ſind ihrer Natur und Wirkung nach nur einfach; ihr Zweck iſt nur ein Aufenthalt des Verfahrens: und ſind ſie alſo rechtskräftig anerkannt †††), ſo erfaßt dieſes den ganzen Umfang

---

muthen, daß jener durch das Interlocut deſſen geſetzliche Gränze habe überſchreiten wollen. Jetzt erſt in dem Endurtheil, tritt er mit jener illegalen Geſinnung hervor und ſpricht das Gravamen aus.

*) L. 5. §. 9. D. 25. 3. Martin a. a. O. §. 110 a. E.

**). Cap. 5. X 1. 9. L, 35. §. 2. C. 3. 28.

***) L. 4. Cod, 46. Schaumburg, in princ. prax. jud, Lib. I, Sect, II, Cap. I. §. 6. Mevius in Dec, P. I. dec. 109,

†) Cap. cit 12. in 6to 2. 15 in fine.

††) z. B. praestandae cautionis.

†††) z. B. der Kläger ſey nicht verbunden, die von ihm geforderte Sicherheit zu beſtellen.

Zwecks; ein zweiter bleibt nicht denkbar; durch die Rechtskraft getödtet können ſie unter keinem Namen in dem Rechtsſtreit weiter fortleben und fortwirken. Die Einreden, quae judicium nullum reddunt, ſind zwar nicht peremtoriſch, negotio Principali (den Klaggrund an ſich) non parant praejudium, man zählt ſie wohl ſogar zu den verzögerlichen Einreden; allein ſie ſind ihrer Natur nach durch Rechtskraft nicht zu ertödten, weil dieſe über unverzichtbare unheilbare Nichtigkeiten keine Gewalt hat*). Jene Einreden begleiten daher den Proceß bis an deſſen Ende, ſind in dieſem an keine fixe Stelle gefeſſelt, ja ſie reichen über deſſelben Gränze hinaus und erſcheinen einſt als querela nullitatis; und ſo müſſen ſie denn ſelbſt in der letzten Inſtanz noch beachtet werden, wären ſie auch vorher in mehreren Inſtanzen unbeachtet geblieben oder repulſirt worden **).

§. 22.

Hebt nun keines jener beiden Geſetze das allgemeine Princip der Rechtskraft mit deren Grund und Folgen auf ſo erſcheint die Meinung gerechtfertigt: „auch das in einem rechtskräftigen Beweisinterlocut vorgezeichnete, urſprünglich impertinente oder irrelerante, ſpecielle Beweisthem wird mit rechtskräftig, wird pertinent und relevant durch die Rechtskraft***)

---

*) M. Handbuch zu Martin, Thl. I. Abh. III. S. 51 ff.

**) Man denke z. B. an die. except. fori in compl. in den Fällen, wo das jene nnbeachtet laſſende Gericht ſelbſt durch Prorogation nicht competent werden kann — in einer Sache, die vor ein abſolut ausſchließliches Forum von dem Geſetz gewieſen iſt, z. B. Eheſcheidung u. dgl.

***) Wenn man mit Danz a. a. O. §. 233 a. E., Martin a. a. O. §. 117. u. a. die Regel ſo faßt: „nur offenbar unerhebliche Beweisauflagen würden nicht rechtskräftig," ſo ſtößt man wieder auf die unauflösliche, die Anwendung in ein vages leidiges Gebiet führende, Frage: was iſt denn nun offenbar,

Der Beweisführer und deſſen Gegner haben, kraft und im Gefolge ihres Dispoſitionsrechtes über das objectum litis, eingewilliget, daß der Sieg des einen oder des andern von der juriſtiſchen Wahrheit oder Nichtwahrheit der in jenem Beweisthem enthaltenen Thatſachen abhängig ſeyn ſollte; ſo wie das Mein und Dein jenes Streitgegenſtands außergerichtlich von irgend einer Bedingung vertragsmäßig abhängig machen können, ohne eine richterliche Einmiſchung dulden zu müſſen.

Es iſt jedoch möglich, daß das in dem äußerlich, dem Zeitablauf nach, rechtskräftigen Beweisinterlocut ſpeciell vorgeſchriebene, urſprünglich irrevelante, nach dem obigen allgemeinen Princip aber relevant gewordene, thema probandum an und in ſich ſelbſt Fehler trage, welche, jener äußerlich eingetretenen Relevanz ungeachtet, es nichtig machen. Dieſes urſprünglich irrelevante, vom bloſen Geſichtspunkt der formellen Rechtskraft des Beweisinterlocuts *) relevant gewordene, Beweisthem kann z. B. dennoch dunkel, unverſtändlich, ſeyn **),

---

was nicht offenbar unerheblich? Eine ſolche ſchwankende Beſtimmung der Geſetze findet ſich nirgends und wäre für eine neue Geſetzgebung ſelbſt irrelevant, weil ſie alles der Willkühr und ſubjectiven Anſicht der Richter Preis gäbe. Vergl. Note * S. 375.

*) Es läßt ſich auch die Rechtskraft des Beweisinterlocuts von der Rechtskraft des Beweisthems ſcheiden. Der Streitpunkt: „daß zu beweiſen ſey, und wen die Beweislaſt treffe," kann entſchieden bleiben, während die Frage: was iſt zu beweiſen? fortdauert. In dem letzten Gebiet läßt eine geſchiedene Richtigkeit allerdings ſich denken; nicht aber iſt ſie abzuleiten aus der Irrelevanz des Beweisſatzes als bloſer Impertinenz.

**) Das einen verſtändlichen Satz ausſprechende, als ſolcher vollſtändige und klare, wenngleich impertinente, Beweisthem iſt der Rechtskraft fähig; das dunkle hingegen deshalb nicht, weil es dunkel iſt. Dieſe Eigenſchaft macht ſelbſt dasjenige Beweisthem nichtig, welches nur aus pertinenten Thatſachen

oder eine Thatſache enthalten, deren Wahrheit zu erweiſen, phyſiſch abſolut unmöglich iſt *), oder die als ſchändliche oder lächerliche Bedingung ſich anſehen läßt, u. dgl. **). Von dem

---

beſtellt, aber dunkel iſt. So verhält es ſich auch bei dem Endurtheil, L. 4. Cod. 7. 46. und analog kann man auch hier ſagen: quae in testamento ita sunt scripta, ut intelligi non possint, perinde sunt, ac si scripta non essent. L. 73. §. 3. D. 50. 17. L. 2. D. 34. 8. L. 30. D. 26. 2. L. 62. §. 1, D. 28. 5. L. 27. §. 34. 5. Das unverſtändliche, oder ſich ſelbſt widerſprechende, Beweisthem iſt gleich einer perplexen Bedingung, und alſo nichtig. L. 188. D. 50. 17. L. 16. D. 28. 7. L. 13. §. 3. D. 34. 5. L. 14. C. 4. 1,

*) D. h. es iſt das Beweisthem für nichtig zu achten, wann es ein Factum zu beweiſen gebietet, welches zu den phyſiſchen Unmöglichkeiten gehört, L. 3. D. 49. 8. L. 1. 5. 482. 185. D. 50. 17. L. 3 et 6 in f. D. 35. 1. Vor einem chriſtlichen Richter verklagte ein Jude einen Chriſten, weil dieſer ihm vorgeworfen habe: „ſein, des Klägers, verſtorbener Vater ſey zur Hölle gefahren.“ Als Injuriate bat er: den Injurianten äſtimatoriſch in 100 fl. als Privatſatisfaction zu verurtheilen. Der Beklagte berief ſich auf den in der Schule ihm gelehrten Grundſatz der chriſtlichen Kirche, und meinte, was die Kirche glaube, dürfte er gegen jeden als Wahrheit bekennen und äußern. Der in Verlegenheit verſetzte chriſtgläubige Richter erkannte nun: des Klägers Suchen finde nicht Statt; er könnte denn darthun: „daß ſein Vater ſelig verſtorben ſey;“ worauf dann weiter, was Rechtens, erkannt werden ſolle.

**) D. h. wenn dem Beweisführer eine urſprünglich irrelevante Thatſache zu beweiſen aufgelegt wäre, deren Wahrheit ihm, oder auch ſeinem Gegner, als ein unmoraliſches Subject darſtellen, oder Verſpottung zuziehen würde, L. 9. u. 19. D. 28. 7. L. 29. §. 2. D. 29. 1. L. 2. 20. D. 35. 1. oder überhaupt, objectiv, als etwas der Vernunft Lächerliches in dem Verhältniß zu dem Gegenſtand und Zweck des vorliegenden Rechtsſtreits ſich ausſpreche, z. B. auf die verneinte Darlehnsklage hätte der Richter erkannt: „die Klage finde nicht Statt,

Geſichtspunkt dieſer allgemeinen Nichtigkeit aus ſchwindet ganz der Begriff der Relevanz oder Irrelevanz; jene, die Nullität an ſich, nicht die Irrelevanz als ſolche, iſt dann der Gegenſtand der richterlichen Reflexion, ob das Beweisthem der Rechtskraft fähig ſey. An die Stelle des als nichtig erfundenen Beweisthems iſt von dem caſſirenden Richter ein anderes zu ſetzen und in einem weitern Erkenntniß auszuſprechen *). Für deſſen Rechtskraft läuft dann eine neue Nothfriſt.

§. 22.

Das an ſich klare, phyſiſch und moraliſch erweisbare, contra bonos mores und die Vernunft nicht anlaufende, wenngleich vor eingetretener Rechtskraft des Beweisinterlocutus irrelevante, ſpecielle, mit dem Beweisinterlocut aber rechtskräftig gewordene, Beweisthem wird alſo gleichſam vertragsmäßige Bedingung des Sieges, irrte es auch gänzlich ab von dem richtigen, pertinenten und relevanten, Beweisthem. Eben ſo muß conſequent auch dann rechtlich erachtet werden, wenn in jenes vorgezeichnete Beweisthem ein Theil des wahren Beweis-

---

es könnte und wollte denn Kläger beweiſen: daß er am letzten Bußtag gefaſtet habe.

Uebrigens können die Geſetze nicht vorausſetzen, daß ein Richter auf eine ſolche Weiſe ſich bis zum Wahnſinn verlieren werde; ſonſt hätten ſie vielleicht für dieſen Fall eine beſondere querela inofficiosae sententiae gegeben. Und will man nun unter dem ganz irrelevanten Beweisthem das verſtehen, was in dieſem Gebiete der relativen und objectiven Lächerlichkeit ſich bewegt, und was freilich auch des arbitrii eines zweiten Richters bedarf, ſo läßt ſich das von Danz, Martin a. a. O., ſo wie von andern aufgeſtellte Princip als das richtige anſehen.

*) Hier kann man nicht etwan, wie bei Teſtamenten, annehmen, die unmögliche, ſchädliche oder lächerliche, Bedingung ſey dergeſtalt nichtig, daß der zur Beweisführung Verurtheilte nunmehr dieſer Laſt ganz enthoben bleibe und ſofort Sieger werde.

ſatzes aufgenommen, an die Stelle des übrigen, nicht aufgenommen, Theils aber eine urſprünglich irrelevante Thatſache geſetzt wurde. Dieſes verwebte Ganze bildet dann das formell gerechte Beweisthem — auch der urſprünglich irrelevante Beſtandtheil iſt mit zu beweiſen *). Wären hingegen dem ganz vollſtändigen, auch materiell ganz richtigen, Beweisthem auch noch irrelevante Thatſachen hinzugefügt, ſo läßt ſich aus andern allgemeinen Rechtsprincipien annehmen, jenes superfluum könne zur Seite geſtellt bleiben **), weil ſchon der Beweis jenes vollſtändigen richtigen Beweisthems das Endurtheil vollkommen begründet.

Alles dieſes läßt ſich conſequent durchführen, ſo oft der Beweisſatz in dem Beweisinterlocut ausdrücklich normirt wurde, zumal da er in dieſem Fall der Regel nach ſogar in der äußern Form einer Bedingung ſich darſtellt ***). Schwieriger ſcheint es, wenn das Beweisinterlocut allgemein auf Beweis erkennt †). Allein auch hier laſſen ſich die im §. 21 aufgeſtellten Principien anwenden. Sind a) die in der Geſchichtserzählung derjenigen Behauptung, auf welche die generelle Beweisauflage ſich beziehet, an ſich klar und mit einem §. 21 angedeuteten innern Richtigkeitsfehler nicht behaftet, ſo

---

*) Surrogatum sapit naturam ejus, in cujus locum surrogatur.

**) L. 65. pr. D. 45. 1. L. 94. D. 50. 17. L. 32. §. 6. D. 34. 2. L. 17. C. 7. 23 Das nämliche tritt ein, wenn generell auf Beweis erkannt wurde, §. 20. S. 350. und die bezogene Einlaſſung neben den weſentlichen Thatſachen auch irrelevante mit vereint.

***) Z. B. Klägers Suchen findet nicht ſtatt, u. ſ. w., er könnte und wollte denn wie Recht erweiſen: daß u. ſ. w. (ſpecieller Beweisſatz) oder: Würde Kläger beweiſen: daß u. ſ. w. (Beweisthem) ſo u. ſ. w.

†) M. ſ. §. 20. S. 350. Not. *.

nehmen ſie die Natur des ſpeciellen Beweisthems an — dieſes iſt bezugsweiſe in dem Beweisthem wirklich enthalten *). Iſt aber b) jene Behauptung obſcur, iſt das in ihr erzählte Factum als phyſiſch oder moraliſch unmöglich u. ſ. w. juriſtiſch anzuſehen, ſo beſchreitet auch die Beweisauflage die Rechtskraft nicht. So rechtfertiget ſich das Princip: das den Beweis einer dunklen Klage auflegende Interlocut werde nicht rechtskräftig, der hierauf angetretene Beweis habe kein Reſultat **).

---

*) Vergl. auch Note ** zu d. §. 22. S. 376.

**) M. ſ. Note **. zu §. 20. S. 351. Die neuern Sächſ. Proceßordnungen, Altenb. v. J. 1744. P. I. Cap. II §. 3. a. E. Goth. v. J. 1776. P. I. Cap. II. §. 7. ſtellen den Satz auf: „Dafern die exceptio inepti vel obscuri libelli im Anfang übergangen und, deren ungeachtet, auf die Einlaſſung rechtskräftig erkannt worden, ſoll hernach im Fortgang und vornehmlich bei dem Endurtheil weiter nicht darauf geſehen werden.“ Wie nun aber, wenn die Klage wirklich dunkel iſt, ein ſpecielles klares Beweisthem nicht vorgeſchrieben, und auch in der Beweisantretung nicht entwickelt wurde? Dann kann auch der Befehl des Geſetzes das nichtige nicht heilen, das finſtere nicht aufhellen und den Richter belehren: was er denn nun auf die dunkle Klage und den dunklen Beweis den Acten und Rechten gemäß erkennen ſolle. In der erläuterten Churſächſ. Proceßordnung v. J. 1724 ad Tit. V. §. 4, iſt obigen Worten anhängig: „ſondern nach Befinden, entweder was ſich pro qualitate negotii gebühret, ſofort hauptſächlich, oder, da es ja an einem oder dem andern Umſtande noch fehlte, auf deſſen abſonderlichen Beweis und Gegenbeweis, wobei beiden Theilen die Eidesdelation vorzubehalten, ohne Anſtellung einer neuen Klage oder Proceß geſprochen, jedoch der Kläger in die dadurch veranlaßten Unkoſten zugleich vertheilet werden.“ Da ſoll nun der Kläger für die Nachläſſigkeit oder Ignoranz des Richters büßen — ſelbſt wenn jener die Dunkelheit der Klage gerügt hätte. Ueberhaupt ſcheint der Verfaſſer des Geſetzes ſehr dunkel über die Dunkelheit reflectirt zu haben.

§. 23.

Mit all diesem verwechsele man den Fall nicht, wenn die zu beweisende Behauptung an sich, bei ihrem Ursprung, unschlüssig und von diesem Gesichtspunkt aus inept war und geblieben ist; d. h. wenn der sie vortragende Theil auf ihre Wahrheit ein Gesuch gründet, welches aus dieser den Gesetzen nach nicht folgen kann. In diesem Fall wird das Beweisthem nicht rechtskräftig, wäre es auch, rein und richtig, aus jener, für sich allein betrachtet klaren, Behauptung deutlich und kunstgerecht gehoben *). Dann aber liegt der Grund der Nichtigkeit nicht in dem Beweisthem, sondern in der Inconsequenz des Gesuchs; in Bezug auf dieses und mit diesem wird es nichtig, weil der Richter, sollte er auch von der Wahrheit der Thatsachen jenes Beweisthems vollkommen überzeugt werden, dennoch den gesetzlosen und gesetz-

---

*) Z. B. die Klage lautete: Ich habe in dem Monat Mai l. J. in der Abwesenheit des Beklagten dessen am Markt liegendes, den Einsturz drohendes, Wohnhaus ausbessern und bewohnbar machen lassen, hierbei aber einen baaren Verlag von 1000 fl. bestritten. Diesen als Geschäftsführer von mir geschehenen nothwendigen und nützlichen Aufwand will mir der Beklagte nicht vergüten, daher ich klagbar bitte: denselben com. com. dahin zu verurtheilen:

mir das Haus als Eigenthum abzutreten und alle Proceßkosten zu tragen.

Wenn am Ende des hierüber entstehenden Verfahrens der Richter erkennen wollte: des Klägers Suchen finde nicht statt, er könnte denn das Factum der Klage beweisen, so würde man dieses noch so klare, gut und richtig geregelte, Beweisthem nebst dem ganzen Beweisinterlocut als nichtig ansehen müssen, weil auch nach dessen vollen Beweis der Richter unbefugt bleibt, das Verlangen des Beweisführers zu erfüllen, der Beweis also vergeblich ist.

widrigen Willen des Bittenden nicht erfüllen darf, und weil ein ſtillſchweigender Verzicht des Angegriffenen auf jene dem Geſuch ſeines Gegners anklebende Nichtigkeit ſich nicht vermuthen läßt. Anders jedoch wenn jenes Petitum wenigſtens zum Theil aus der Wahrheit des Facti ſich rechtfertiget, wenn es vielleicht nur die geſetzliche Gränze überſteigt, wenn das Richteramt befugt iſt, das Taugliche und Gerechte herauszugreifen und den reus wenigſtens in tantum zu vertheilen *).

§. 24.

Auch iſt denkbar, daß der das Beweisthem ſpeciell vorzeichnende Richter in dieſes nur pertinente und relevante Thatſachen aufnehme, jedoch nur mangelhaft, nur Bruchſtücke, das Ganze der Behauptung nicht erſchöpfend, dieſes auch nicht Bezugsweiſe; ſo daß der fehlende Theil ſelbſt durch Erklärung ſich nicht hinzudenken läßt **). In dieſem Fall iſt ſcharf und genau zu unterſcheiden: ob A) die Behauptung und das hieraus gezogene Geſuch einfach, oder jenes aus ſolchen einzelnen Thatſachen zuſammengeſetzt ſey, welche auch ein zuſammengeſetztes Geſuch begründen? und dann hierneben noch B), ob die einzelne Thatſache und das aus ihr abgeleitete Geſuch einen ſelbſtſtändigen Principalanſpruch in ſich faſſe, oder nur von dieſem eine Acceſſion ***). Iſt

*) Z. B. das Geſetz enthält nur eine pluris petitio, oder ein unſchickliches alternatives Geſuch, von welchem jedoch das Eine Glied ſchlüſſig iſt; oder da, wo alternativ hätte gebeten werden ſollen, iſt die eine Alternative hinweggelaſſen, u. dgl. Danz, in dem Grundſ. des ordentl. Proc. §. 73. Leyser, in medit. ad Pand. spec. 37. med. 4. seqq. Müller, in obs. ad Leys. med. Obs. 141.

) Es iſt nicht ſelten der Fall, daß der Richter Einzelheiten zu beweiſen auflegt, welche nur als Theile des Hauptſatzes anzuſehen waren. Vergl. auch §. 25. Note * S. 382. f.

***) Z. B. Früchte, Zinſen u. ſ. w.

a) das Factum einer Hauptſache in dem Beweisthem berührt, jedoch in dieſes aus demſelben nicht alles übergetragen, auch nicht bezugsweiſe, was die Vollſtändigkeit materiell-gerecht erfordert hätte, ſo muß dieſes engere Beweisthem, wird das Beweisinterlocut rechtskräftig, dennoch dem vollſtändigen Beweisthem gleich ſtehen, und als Bedingung des Sieges in dieſer Hauptſache und deren ſchlüſſiges Hauptgeſuch angeſehen werden. Denn dies gilt ja ſogar bei dem ganz irrelevanten Beweisthem. §. 22. Eben ſo b) wenn das beſondere, ſelbſtſtändige, Factum einer geforderten Acceſſion nur vollſtändig als wörtlicher Theil des ſpeciellen Beweisthems erſcheint *). Daferne c) das einer Principalforderung eigene Factum in dem ausdrücklichen Beweisſatz, welchen ein Interlocut vorzeichnet, gänzlich ermangelt, ſo iſt über die Beweislaſt jener Hauptſache noch gar nicht erkannt, es muß deshalb ein Interlocut annoch ausgeſprochen werden **). Schweigt hingegen das den Beweisſatz einer Hauptſache ſpeciell beſtimmende Zwiſchenerkenntniß d) gänzlich von der ſelbſtſtändigen weſentlichen thatſächlichen Vorausſetzung einer bloſen Nebenforderung ***), und der Fordernde läßt dieſes Beweisinterlocut rechtskräftig werden, ſo hat er jene ſtillſchweigend aufgegeben, ſie iſt ſtillſchweigend

*) Z. B. die vertragsmäßige Feſtſtellung eines beſtimmten Zahltags wurde in der Klage zur Begründung der Verzugszinſen fehlerfrei miterzählt, in das Beweisthem aber fehlerhaft übergetragen.

**) Z. B. bei einer objectiven Klagenhäufung wird die eine der gehäuften Klagen in dem Beweisinterlocut ganz mit Stillſchweigen übergangen.

***) Z. B. es ſchweigt der Richter in dem Beweisthem gänzlich von des Klägers zur Begründung der geforderten Verzugszinſen in der Klage ausdrücklich aufgeſtellten Behauptung eines contractlichen Zahltages

aberkannt *), und ein nachträgliches Beweisinterlocut läuft wider dieſe Rechtskraft.

Es iſt alſo auch ein Irrſatz: „das unvollſtändige Beweisthem der nämlichen Behauptung ſey, ſelbſt nach vollendeter Beweisführung über jenen unvollkommenen Theil, durch ein anderweites Beweisinterlocut zu ergänzen.“ Vielmehr muß man annehmen, daß in dem rechtskräftigen Beweisthem Hinweggelaſſene ſolle, im Gefolge der ſtillſchweigenden Einwilligung des Gegners, einer weitern Beweisführung nicht bedürfen, er habe es durch die Nichtanwendung eines Rechtsmittels ſtillſchweigend als eine Thatſache anerkannt, die eines Beweiſes nicht bedürfe.

Auch hier aber tritt als Ausnahme hervor, wann, gemäß der Einleitung des Rechtsſtreites, zunächſt nur über des angegriffenen Theils Verbindlichkeit an ſich verfahren und erkannt, die Frage über den Umfang des zu präſtirenden Objects hingegen dann noch beſonders verhandelt und entſchieden werden ſoll, ſo daß das erſte Endurtheil zugleich die Thüre zu einem neuen

---

*) Dies aus L. 13. Cod. 4. 32. hervorleuchtende Princip wird, weil das Geſetz nur von der Definitivſentenz ſpricht, der Regel nach auch nur auf dieſes beſchränkt. Martin a. a. O. §. 87. a. E.; und ſolches iſt gewiß inſoweit richtig, als mit dem Facto der Hauptforderung, der Principalſache, zugleich auch die factiſchen Bedingungen der Acceſſionen gegeben ſind. Begründen aber letzte ſich erſt dann, wenn nebem Hauptfacto auch ein Nebenfactum bewieſen iſt, ohne daß ſolches eine beſondere Klage enthielte, ſo muß auch jenes ſtillſchweigende Erlöſchen ſobald eintreten, als der Richter die beſondern Thatſachen der acceſſoriſchen Nebenforderung übergehet, d. h. in dem Beweisinterlocut nur mit der Hauptforderung ſich beſchäftiget, und hieranf der Theil, welcher jene Nebenforderung aufſtellte, bei deren ſtillſchweigenden Zurückſtellung ſich beruhiget — ein Rechtsmittel dagegen nicht einwendet. Ohne den Beweis jener Thatſachen kann ja die Definitivſentenz über die Nebenforderung nicht abſprechen.

Rechtsſtreit öffnet, der von dem beendigten als eine ſolche Executionsinſtanz anzuſehen iſt, in welcher das quid in specie et quantum debeat condemnatus durch eine beſondere Beweisführung erſt näher ausgemittelt werden muß, ehe die gerichtliche Hülfe realiſirt werden kann *).

§. 25.

Jedes vorgeſchriebene und als rechtskräftig aufrechtſtehende Beweisthem kann in der Beweisführung von dem Producenten nicht nur a) zergliedert, ſondern auch b) mit ſolchen andern Thatſachen unterſtützt werden, deren Wahrheit oder Nichtwahrheit einen Schluß auf die Wahrheit der in dem Beweisthem vorgeſteckten Thatſache begründet**). Allein, von jener Zergliederung und dieſer künſtlichen Beweisführung abgeſehen, iſt dem Beweisführer eine Erweiterung des Beweisſatzes auf neue Umſtände keineswegs erlaubt***). Dieſes ſtehet mit der Wirkung und mit dem Zweck

*) Z. B. der Beklagte wird verurtheilt: „dem Kläger deſſen erweislichen Schaden zu verurtheilen.“ Vergl. Martin. a a. O. §. 255. Danz, a. a. O. §. 459. ed. 1806.

**) M. ſ. §. 18. S. 342. Note ** und §. 25. S. 384.

***) Es geſtattet eine ſolche Erweiterung Pufendorf, in obs. jur. un. P. I. obs. 54. und Martin, a. a. O. §. 170. Note m. erklärt ſich darüber ſchwankend. In dem von Pufendorf erzählten Fall war ein materiell unrichtiges Beweisthem vorgezeichnet; ſtatt des Hauptfactum: „der Erblaſſer ſey bis zu ſeinem Tod Bürger zu N. verblieben;“ nur die factiſche Prämiſſe eines künſtlichen Beweiſes, nämlich: „er habe jährlich bis an ſeinen Tod die bürgerlichen Abgaben entrichtet.“ Zu enge war dieſes ſpecielle Beweisthem, aber rechtskräftig, und ſo wurde es die feſtgeſtellte Bedingung des Sieges des Beklagten, welchem jener Beweis aufgelegt war. Als nach dieſem Beweisinterlocut der Kläger in den Acten geäußert hatte: „der Erblaſſer habe die Abgaben nicht ſelbſt bezahlt, ſondern erſt ſein Erbe hätte die Rückſtände für eine lange Reihe von

der Rechtskraft, ſo wie mit dem durchgreifenden Princip im Widerſpruch, „daß die Identität der Merkmale eines in dem Proceßgange aufgeſtellten oder feſtgeſtellten Facti durch die Willkühr einer Partei nicht aufgehoben werden darf. Denn eine ſolche Umwandlung, mutatio, beengt das Gehör und die Vertheidigung des Gegners *).

Aus den nämlichen Gründen iſt es wo möglich noch mehr illegal, ein gleichzuachtendes Beweisthem unterzuſchieben; d. h. an die Stelle des in dem rechtskräftig vorgeſchriebenen ſpeciellen Beweisthem enthaltenen Facti ein anderes Factum deshalb zu ſetzen, weil deſſen Wahrheit für den Zweck des Beweisführers das nämliche Rechtsreſultat hervorbringe, welches die Wahrheit jenes zur Seite geſchobenen erſten Beweisſatzes hervorbringen könne **). Ein ſolches Unternehmen und deſſen

---

Jahren entrichtet," erkannte der Richter weiter: „könne der Beklagte nicht beweiſen, daß der Erblaſſer die Abgaben ſelbſt bezahlt habe, ſo müſſe er darthun, daß durch das Unterlaſſen dieſer Zahlung das Bürgerrecht nicht verloren gegangen ſey." Der Kläger behauptete: „Dieſe Erweiterung laufe wider die Rechtskraft des Beweisinterlocuts und das in ſolchem ſpeciell vorgeſchriebenen Beweisthems." Und dieſe Behauptung war vollbegründet, obgleich das Obergericht das untergerichtliche Erkenntniß beſtätigte. Nicht einmal auf das urſprünglich materiell richtige allgemeine Beweisthem konnte der Richter geſetzlich zurückgehen, vielweniger die nachherige Aeußerung des Klägers, welche reſp. die Wahrheit des vorgeſchriebenen Beweisthems negirt, reſp. aber ein replica in specie, eine Einrede gegen des Beklagten zu beweiſende Einrede enthält, als Quelle eines neuen Beweisthems anſehen. Auf dieſe Weiſe begünſtiget und befördert man die Unendlichkeit der Proceße.

*) Gönner, in dem Handb. Th. II Abh. XX. §. 2. S. 427. ff.

**) Auch hier giebt Pufendorf, l. c. P. II. obs. 296. ein leidiges, von Martin, a. a. O. §. 170. Note n. bezogenes, mit deſſen eigener vorangehenden Proceßregel im Widerſpruch ſtehendes Beiſpiel, in welchem ein rechtmäßiges Beweisthem:

Billigung ſtürzt die erſten Grundregeln des bürgerlichen Proceſſes geradezu auf den Kopf, und führt zu der, dem Geſetz und der Vernunft direct widerſprechenden, Behauptung: „man könne den factiſchen Grund einer Klage, Einrede u. ſ. w. im Laufe des Rechtsſtreits nach Willkühr ändern und mit einem andern vertauſchen, ohne daß der Rechtsſtreit aufhöre, der vorige zu ſeyn.

§. 26.

Sollte ein Beweisinterlocut mehrere Facta, von welchen jedes, auch von dem andern getrennt, ein ſelbſtſtändiges Ganze bildet, jedoch zu dem nämlichen Reſultat hinführt, als Beweisthem aufgeſtellt haben und ein „oder" trennt jene einzelnen Sätze, ſo verſteht ſich von ſelbſt, daß der Beweisführer nicht alle jene Sätze mit und neben einander zu beweiſen hat, ſondern daß ihm bei jener alternativen Faſſung des Beweisſatzes die Wahl zuſtehet, welchen er herausgreifen wolle *). Sollte er aber verſuchen, das Ganze zu

---

„die ſtreitige Verbindlichkeit habe ihren Urſprung aus einem ſchriftlichen Vertrag," nachher dahin umgeändert wurde: „ſie ſey durch unvordenkliche Verjährung entſtanden." Wer findet hier nicht eine unſtatthafte Veränderung des ſpeciellen Grundes der Klage oder Einrede? — Auch die dort erwähnte Schwierigkeit, auf das erſte Beweisthem einzugehen, konnte deſſen Umwandlung nicht rechtfertigen, ſondern die zur Beweisführung pflichtige und dieſe unterlaſſende Partei war als beſiegt anzuſehen, ihr jedoch, was ſich auch ſtillſchweigend verſtande, nachzulaſſen, auf die unvordenkliche Verjährung, als ein anderes fund. act. speciale, eine neue Klage zu gründen, damit der Gegner auf ſolche legal gehört und ihm die Gelegenheit zu jeder rechtsmöglichen Vertheidigung nicht abgeſchnitten werde.

*) Nach den allgemeinen Principien der Erfüllung einer alternativen Verbindlichkeit. L. 25. pr. L. 36. §. 6. D. 18. 1. L. 10. f. D. 23. 3. L. 5. §. 1. D. 16. 3. L. 106 et 138. §. 1. Dig. 45. 1.

beweiſen, ſo reicht es doch zu ſeinem Sieg hin, wenn er auch nur einen jener Sätze, als ein geſchloſſenes Ganze betrachtet, dargethan, oder dieſen Beweis mittelſt eines richterlich erkannten Eides ergänzt hat. Bei einer ſolchen Verſchiedenheit des Reſultats dieſer Beweiſe, bei welcher der Eine mehr, der Andere minder vollkommen wäre, würde der auf einen geſetzlichen Eid erkennen wollende Richter auf den am mehrſten gelungenen Beweis hinſehen müſſen. Denn dieſes liegt in der Abſicht des mehrfach thätigen Beweisführers. Fielen die alternativen Beweiſe ſo unvollkommen aus, daß dem Gegner ein Reinigungseid aufzulegen wäre, ſo müßte dieſes in Hinſicht auf jeden jener, das Purgatorium begründenden, Beweiſe gleichzeitig geſchehen *), weil durch die Auflöſung des einen die Wirkung des andern nicht beſeitiget wird.

Sind hingegen jene einzelne Sätze in dem Beweisthem mit „und“ verbunden, wenigſtens mit den äußern Merkmalen einer Alternative nicht verſehen, ſo hat der Beweisführer alle cumulativ erweislich zu machen, es befände ſich denn unter ihnen das materiell richtige Beweisthem vollſtändig und abſonderlich. In dieſem Fall läßt auch hier die Regel ſich anwenden, „daß alles, was neben jenem erſchöpfenden richtigen Beweisſatz dem Beweisthem mit einflöße, als ein ſolches irrelevans anzuſehen iſt, welches die Rechtskraft nicht beſchreitet **). Auch iſt im Zweifel, wenn die äußere Conſtruction des mehrfachen Beweisthems ſowohl Merkmale der Alternative als des Cumulirens enthält, die erſte zu vermuthen. Denn die Beweisführung iſt eher zu begünſtigen, als zu erſchweren ***).

*) Dieſes wäre ungefähr ein Vortheil des ausgedehnten Strebens des Beweisführers.

**) M. vergl. §. 22. S. 376.

***) L. 12 C. 4. 1. eb. verb. „probationibus pinguius subvenientes.“ L. 21. in f. C. 5. 1. verb. „ne probationum facultas angustetur.“